

# **DISCRECIONALIDAD AUMENTADA.**

Efecto del concepto jurídico indeterminado  
en la discrecionalidad administrativa.

**EDMER LEANDRO LOPEZ PEÑA**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÁ, COLOMBIA  
2013**

# **DISCRECIONALIDAD AUMENTADA.**

Efecto del concepto jurídico indeterminado  
en la discrecionalidad administrativa.

**EDMER LEANDRO LOPEZ PEÑA**

Trabajo de grado presentado  
como requisito para obtener  
el título de magister en Derecho Administrativo

Director: PH.D Doctor. **ALEXANDER SANCHEZ PEREZ**

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**BOGOTÁ, COLOMBIA**  
**2013**

A mi bella madre, mi camino, mi guía, mi inspiración y mi luz.

**AGRADECIMIENTOS.**

Al doctor JHON ALEXANDER SANCHEZ PEREZ, que con su ejemplo, su disciplina y amor por las teorías del derecho, incentivó más en mí la auto-exigencia y el respeto por la mágica ciencia del derecho.

A su querida esposa e hijo que dejando de compartir con su esposo y padre, me acogieron en su hogar donde recibía las recomendaciones y sugerencias para llevar a cabo este trabajo. Infinitas gracias.

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION .....	1
CAPITULO PRIMERO.....	8
EL DESVANECIMIENTO DE LA DICOTOMIA: ENTRE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO .....	8
SECCION 1. LAS DIVERGENCIAS ENTRE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL Y EL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO .....	8
A.    DOS CONCEPTOS DOCTRINALMENTE DISTINTOS.....	9
B.    LAS MODALIDADES DEL CONTROL JUDICIAL EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCRECIONAL Y EL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO .....	37
SECCION 2. LAS CONVERGENCIAS ENTRE POTESTAD ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL Y EL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO .....	58
A.    UN MARGEN DE DECISION PLURAL PARA LA ADMINISTRACION .....	58
B.    DOS HERRAMIENTAS CONFORME AL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD .....	88
CAPITULO SEGUNDO.....	92
LOS PRESUPUESTOS DE CONSTRUCCION DE LA “DISCRECIONALIDAD AUMENTADA”, ALCANCES Y LÍMITES .....	92
SECCION 1. LAS PIEZAS DE LA DISCRECIONALIDAD AUMENTADA.....	93
A.    LA PIEDRA ANGULAR: LA ELIMINACION DEL JUICIO DISYUNTIVO DEL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO. ....	93
B.    LA PROPOSICION DE UNA TIPOLOGIA PARA LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA .....	116
<b>1.    La doctrina de la discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado en el Consejo de Estado Colombiano. Una breve mirada desde la divergencia y la convergencia bajo el efecto SIMILITUD-ACERCAMIENTO .....</b>	<b>123</b>
SECCION 2. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD AUMENTADA .....	169
A.    LO COGNITIVO Y LO VOLITIVO EN LA DISCRECIONALIDAD AUMENTADA .....	170
B.    LA NECESIDAD DE UN CONTROL MIXTO.....	196
CONCLUSIONES .....	221
BIBLIOGRAFIA .....	224

## INTRODUCCION

El conocimiento del actuar del Estado – administrador es un tema fascinante, inquietante, y muchas veces complejo, uno de esos temas que logran producir sensaciones encontradas – *o por lo menos, eso me ha ocurrido-*, es precisamente, la discrecionalidad administrativa. La integridad del tema de la discrecionalidad, transita desde sus cimientos, en la condición humana de la imprevisibilidad, a los seres humanos, nos es imposible, saber con anterioridad que nos espera el mañana, y específicamente, las situaciones fácticas que encontraremos en un nuevo despertar, esta idea se trasmuta a la ciencia del derecho, y de allí, a la construcción del actuar administrativo, no quedando otro rumbo que aceptar, que debe dotarse jurídicamente a la administración de un margen de libertad de decisión frente a situaciones fácticas no previstas de modo particular y concreto en la ley (en sentido amplio), no poseemos la capacidad, ni debemos tener esperanzas en que alguna vez la obtengamos, de regularlo todo de manera específica, a suerte de catálogos detallados de conductas y hechos a los cuales al estilo Kelseniano imputamos consecuencia jurídicas también específicas.

En este contexto es donde debe *ubicarse* el tema de la discrecionalidad administrativa, de la razón primera de imposibilidad humana, que se conecta con una razón segunda de utilidad, la discrecionalidad es útil para el cumplimiento de los fines estatales, sin ésta, el ejercicio concreto, real y no teórico-abstracto del Estado-administrador, se presentaría la mayor parte como un proceso estancado, imposible, y, paradójicamente, des-legitimante de la existencia del Estado como institución jurídica-política ostentadora del poder público. Lo natural y lo útil de la discrecionalidad, posibilitan su existencia con la antagónica potestad reglada, que a nuestra razón, logra lo que humanamente hemos esperado- regular específicamente determinado hecho o situación imputándole consecuencia jurídica predeterminada, en función de quien se halle con el supuesto de hecho configurado, en un proceso de subsunción, dentro del cual no es admisible aspecto *volitivo* alguno.

Así, lo reglado y lo discrecional, son necesarios para posibilitar el efectivo cumplimiento de los fines sociales por parte del Estado-administrador, quien debe desplegar las acciones administrativas, en el imperante equilibrio entre autoridad y respeto de garantías, a razón de ello, no puede concebirse potestades absolutas, específicamente, no existe discrecionalidad absoluta, como se ha sostenido en la doctrina española, la discrecionalidad se compone de elementos formales que por naturaleza son reglados, esta concepción – que por cierto- es muy acertada, permitiría a los jueces controlar las actuaciones discrecionales de la administración, o por lo menos, sus elementos reglados. Este tipo de control se tornó parcial y efímero, de modo que en la doctrina española (con el aporte maravilloso del maestro Eduardo García de Enterría) se pensó en luchar contra una de las zonas de inmunidad jurisdiccional establecida en la ley de la jurisdicción contenciosa de 1956, el acto discrecional<sup>1</sup>, invitando en extender el mero control formal al un control material o de fondo, por ello, se pensó en tres instituciones jurídicas, que lograría “*tan noble y necesaria labor*”: los principios generales del derecho, los hechos determinantes y los *conceptos jurídicos indeterminados*.

---

<sup>1</sup> Las otras dos zonas de inmunidad jurisdiccional que proponía el maestro Enterría era: los actos de reglamento y los actos políticos.

Estos últimos, son los que llaman nuestra atención, pues, en aras de proveer la capacidad de control de estos sobre la discrecionalidad administrativa, la doctrina que reconocemos como *divergente*, hizo precisamente, eso, diferenciarlos hasta el punto de hacerlos intocables, encaminando los conceptos jurídicos indeterminados a una potestad reglada, invocando para con ellos, el respeto por la única respuesta correcta, y el proceso de estricta subsunción en su aplicación.

## I. FINALIDAD DE LA INVESTIGACION

Esta investigación tiene por objeto identificar, y fundamentar la *convergencia* entre dos instituciones que han sido tratadas en mayor parte en la doctrina española como antagónicas y totalmente diferenciables<sup>2</sup>: los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa<sup>3</sup>. La concepción divergente ha sido el derrotero al momento de abordar estas instituciones, pues, se ha considerado que este tipo de conceptos jurídicos son herramientas o - como el jurista español García de Enterría reconoce- técnicas que posibilitan el control de fondo de la siempre “peligrosa” discrecionalidad, al dotarles de este sentido a los conceptos indeterminados, se les dispuso de unas condiciones, como son: el reconocimiento de la única respuesta correcta, el juicio disyuntivo (*tertium non datur*), y que, su aplicación sea un proceso de potestad reglada (cognitivo) que discrecional (volitivo).

Aunque pareciera solida esta concepción doctrinal que ha permeado el funcionamiento de los tribunales de lo contencioso administrativo, no debe ser de todo admisible, o mejor dicho- para nosotros no lo es- en cuanto, aunque pareciera imposible y a veces absurdo, ir en contra de la corriente, considero imperante (en este mundo de la administración siempre mutable) abordar la temática desde la *convergencia* de las instituciones, posición que no debe verse caprichosa, es la naturaleza de estas figuras que nos hacen reaccionar así.

De esta concepción que llamo *Convergente*, se extrae que los conceptos jurídicos indeterminados una vez *liberados* de las ataduras *condicionantes* puestas por la doctrina de las divergencias, logran un efecto de **aumento** de la discrecionalidad administrativa. Este, es el punto central de nuestra investigación, sustentar en aras de la realidad práctica del Estado-administrador, el efecto

---

<sup>2</sup> La influencia de la doctrina española en cuanto a la materia, liderada por el Maestro español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (*quien reconoció en los conceptos jurídicos indeterminados una técnica de control de fondo de la discrecionalidad*) fue seguida, especialmente, por los profesores españoles Tomás Ramón Fernández, Fernando Sainz Moreno, , la influencia de este pensamiento, puede notarse en las obras de los argentinos Juan Carlos Cassagne y Agustín Gordillo, y en Colombia en un obra de 1997 del profesor Gustavo Penagos; en el año 2007 en la obra titulada “*discrecionalidad Administrativa*” del jurista Hugo Alberto Marín Hernández, quien describe de manera sistemática la problemática de la discrecionalidad, ocupándose de describir en una parte de su obra la discusión doctrinal en España frente a los conceptos jurídicos indeterminados.

<sup>3</sup> La divergencia entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad, ha sido una regla de proporcionalidad, pues, a la medida que se ha pretendido separar estos de aquella, se han aproximado los conceptos jurídicos indeterminados a la potestad reglada, quedando inmersos a la naturaleza de la conducta reglada de la administración, reconocible en un proceso de subsunción normativa.

de aumento producido en la potestad discrecional de la administración, cuando en el mismo *enunciado normativo* se hallan un concepto jurídico indeterminado y la facultad discrecional, esto implica la separación absoluta entre el concepto indeterminado y la potestad reglada.

## II. PROBLEMA DE INVESTIGACION

El problema de investigación se formula a través de la pregunta *¿qué efecto produce el concepto jurídico indeterminado sobre la discrecionalidad administrativa, cuando ambas instituciones se presentan en un mismo enunciado normativo?*; del problema planteado y para resolverlo, es pertinente hacer un estudio del tema de las potestades administrativa, y particularmente, de la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, con el fin de establecer la procedencia jurídica de sostener que el efecto producido por estos conceptos es de *aumento*.

Surge de ese modo subproblemas como: i) establecer el alcance y límite de este efecto; y, ii) establecer la aplicabilidad del control judicial sobre -lo que hemos llamado- discrecionalidad aumentada.

El problema contiene dos dimensiones: la primera, teórica, en la cual, adscribiéndonos a la doctrina de la convergencia, se pretende dar una nueva significación a la naturaleza y conceptualización de la discrecionalidad administrativa y de los conceptos jurídicos indeterminados; la segunda práctica, por lo que se ha decidido tomar dos eventos en los cuales, perfectamente, podría predicarse la concepción teórica que se propone, estos son: por un lado, la elección de cargos de libre nombramiento y remoción, por ser un tema de controversia referenciado directamente con el ejercicio de la discrecionalidad; y, la elección de cargos de periodo fijo, asunto en el que encaja la elección de magistrados de altas Cortes, y, particularmente, la elección de magistrados del Consejo de Estado, esto en cuanto que en las normas que facultan a la sala plena para tomar la decisión, se presentan la coexistencia de la potestad discrecional y un concepto jurídico indeterminado, trasladaremos este evento *hipotéticamente* al ejercicio de la administración pública, y desarrollaremos allí, el control judicial de dicha actividad.

La escogencia de estos eventos para nada, quiere decir, que solo sea posible en estos, y que en últimas lo que se propone es este escrito termine en un *absurdum*, sino consideramos que en aras de la demostración -auto-exigida-, se hace necesario abordar eventos específicos, y a partir de allí, desplegarse a todos los casos que pudiesen presentarse donde un concepto jurídico indeterminado coexiste en el enunciado normativo con una facultad discrecional de la administración.



### III. HIPOTESIS DE INVESTIGACION:

La investigación que a continuación se presenta, pretende resolver el problema de estudio anteriormente planteado.

La hipótesis que se desarrollará, fundamentará y sustentará a lo largo de esta investigación (recogida específicamente en el capítulo segundo titulado: **LOS PRESUPUESTOS DE CONSTRUCCION DE LA DISCRECIONALIDAD AUMENTADA, ALCANCES Y LÍMITES**) se concentra en la siguiente afirmación:

Cuando en un enunciado normativo se articulan una potestad discrecional y un concepto jurídico indeterminado, se produce un efecto de aumento en el margen de decisión de la administración, dando lugar a un control judicial de tipo formal y material.

El efecto de aumento se logra, porque las instituciones poseen criterios de similitud que permite este encuentro. Por una parte, la discrecionalidad administrativa conceptualmente entendida, es para nosotros, una *relativa libertad de elección de motivos*, desde el sentido de lo concreto, es decir, de lo que en la realidad resulta ser el actuar discrecional de la administración, reconocemos, que se traduce este actuar: en la existencia de un margen amplio de la administración para la elección de motivos, esto implica, que existe un momento, en el accionar administrativo, donde la administración goza de libertad para elegir la idea, el sustento que conduce a tomar determinada acción, de modo, que la discrecionalidad no está demarcada ni por la referencia en el texto del enunciado normativo del verbo “podrá”, ni tampoco, es una libertad de complementación del supuesto de hecho, ni de elección de una entre varias consecuencias jurídicas, ni de modo alguno, de libertad de valoración de hechos.

Lo discrecional es la existencia y materialización de ese momento que hacemos referencia (elección de motivos), por ello, existirá para nosotros discrecionalidad de la administración, cuando la norma entendida como producto de la interpretación del enunciado normativo, permita esa libertad que es relativa ( en cuanto, no puede ir en contravía del respeto de los principios del estado social de derecho, fines del estado, garantías constitucionales, legales y reglamentarias de los administrados, etc.), para que la administración elija entre varios motivos que deben resultar jurídicamente admisibles, de allí, que lo *volitivo* sea característica del actuar discrecional.

Por otra parte, los conceptos jurídicos indeterminados, no son lo que se ha dicho de ellos – esta afirmación aunque pareciera caprichosa- no lo es por las siguientes breves razones (que se desarrollaran de forma más amplia en la investigación): i) desde el escenario de lo concreto, que identificamos como lo real, lo observable e identificable, consideramos que a estos conceptos la doctrina de la divergencia les ha dotado de condiciones que rayan con la naturaleza misma de estos, este tipo antes de ser indeterminados, son conceptos, y como todo concepto, tiene la finalidad de *representación*, ahora bien, los conceptos determinados y algunas veces dogmáticos, como podría ser perro, gato, jirafa, televisor, computador, y en las ciencias jurídicas dolo, arrendamiento, homicidio, presidente, congreso, etc., son conceptos que representan un hecho, una cosa, una acción o algo, lo cual no puede ser cualquier cosa ( *un gato es un gato no un perro o televisor. el presidente no es congreso, por ej.*), sino solo ese “algo”, que con anterioridad se

busca representar, por eso que sean determinados y dogmáticos. ii) los conceptos jurídicos indeterminados poseen una característica especial, ellos contienen un margen amplio de representación, no pueden ser por eso dogmáticos; su papel es fundamental en el ordenamiento jurídico, y en general en el acto de comunicación, en la medida que al no estar sometidos a la representación de un “algo”<sup>4</sup> exclusivo, se logra con ellos representar “muchas cosas”. iii) lo que hace especial a los conceptos jurídicos indeterminados, y por lo tanto, lo que hace que se caigan del estandarte sostenido por la doctrina de la divergencia los contenidos de la única respuesta correcta, el juicio disyuntivo (*tertium non datur*), y lo cognitivo de estos (a suerte de una aplicación de silogismo jurídico), es, que estos poseen-lo que llamamos- un *espectro de representación*. iv) la administración en presencia de un concepto jurídico indeterminado, posee volitivamente la libertad relativa de *arrastre* de un “algo” al *espectro de representación del concepto*.

De acuerdo a ello, tanto la discrecionalidad como los conceptos jurídicos indeterminados, comparten una condición natural de lo *volitivo*, posición que es contraria –insisto- a la doctrina divergente, en el hecho que para ella, lo discrecional es volitivo, y la aplicación del concepto jurídico indeterminado es cognitivo (por eso que se asimile a estos con la potestad reglada).

Siendo convergentes ambas instituciones, al efecto que produce el concepto jurídico indeterminado sobre la discrecionalidad administrativa, lo hemos denominado DISCRECIONALIDAD AUMENTADA, esto, porque al encontrarse en un mismo enunciado normativo un concepto indeterminado y la libertad de elección de motivos; estos, en cambio de reducir el margen de decisión de la administración (posición divergente), la aumentan, entendiéndose por tal, la posibilidad *relativa* que tiene la administración de ampliar la elección de motivos, en esto consiste, específicamente, el efecto de aumento, que pretendemos soportar en esta investigación.

Tanto la acción de *arrastre* del “algo” al *espectro de representación*, como la elección del motivo en la potestad discrecional, se materializa en un *acto administrativo*, el cual deberá contener expresamente la exposición del motivo, en éste, queda claramente explícito las acciones adelantadas por la administración en presencia del concepto indeterminado y la discrecionalidad. De modo que al cumplirse con la exposición del motivo, la discrecionalidad administrativa de tipo AUMENTADA, podrá en sede jurisdiccional hacerse un control de forma y de fondo o material, el primero, se ajusta a evaluar los elementos reglados de toda discrecionalidad (competencia, finalidad, existencia de motivo, etc.), el segundo, recaerá sobre el estudio de la admisibilidad jurídica del *arrastre* y el *motivo* elegido por la administración para actuar discrecionalmente.

#### IV. METODO DE INVESTIGACION

El método de investigación es fundamentalmente analítico-descriptivo, con contenido propositivo. Con la presente investigación no solo se pretende dar a conocer posturas teóricas específicamente construidas en la doctrina española, sino que partir de allí, se formula una postura jurídica propia, que se convierte en la herramienta de construcción y crítica en la materia.

---

<sup>4</sup> Aquí, “algo” lo entendemos como todo aquello susceptible de representación-conceptualización

## V. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

El presente escrito de tesis está dividido en dos capítulos, cada una de las cuales a su vez se divide en dos secciones que contiene cada una dos partes-literales (A y B).

En el **CAPÍTULO PRIMERO** se muestra al lector, el desvanecimiento de la dicotomía entre la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, con este objetivo, se muestra en la **SECCIÓN 1**, de manera general los elementos conceptuales de lo que hemos denominado la *doctrina de la divergencia* entre ambas instituciones, allí, se plasma las ideas iniciadas por el profesor español Eduardo García de Enterría en su obra la “Lucha contra las Inmunidades del Poder” en cuanto a la concepción doctrinalmente distinta entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa (**parte-literales A**).

La divergencia como hemos referido, se soporta en el hecho de concebir la figura del concepto jurídico indeterminado como *técnica* de control material de la discrecionalidad administrativa, que junto a los principios generales del derecho y los hechos determinantes, se constituían en medios de relativización de la discrecionalidad, cerrando la zona de inmunidad y de arbitrariedad que representaba ésta, de modo, que se abarca en la (**parte-literales B**) las modalidades de control judicial de la potestad discrecional de la administración y el uso del concepto jurídico indeterminado. Estableciendo en este aparte la contradicción que recayó la doctrina de la divergencia, en materia de crear una sustitución del concepto jurídico indeterminado de la discrecionalidad administrativa.

En la **SECCIÓN 2**, planteamos siguiendo una línea de confrontación, los elementos fundantes de lo que osamos denominar doctrina de la convergencia, el reconocimiento de un margen de decisión plural para la administración, tanto en la figura de la discrecionalidad administrativa como de los conceptos jurídicos indeterminados será una de estos elementos (tratado en la **parte-literales A**). El reconocimiento de convergencia de ambas instituciones se aborda en la (**parte-literales B**), a través de la conformidad con el principio de juricidad, esto es de su aceptabilidad y acomodamiento a la constitucionalidad de las actuaciones de la administración.

Una vez sentadas las bases del desvanecimiento de los elementos conceptuales – *que a nuestro parecer*– hacían imposible la conjugación de ambas instituciones en una sola, pasamos en el **CAPÍTULO SEGUNDO** a desarrollar los presupuestos teóricos de construcción de la Discrecionalidad Aumentada, estableciendo sus alcances y límites. De modo que, en la **SECCIÓN 1** se explicitan las razones de construcción de la figura jurídica, partiendo de la desfragmentación de la pieza clave de la *doctrina divergente*, el juicio disyuntivo que encierra el concepto jurídico indeterminado (**parte-literales A**), hallando en la naturaleza propia del concepto jurídico indeterminado, la existencia de lo que entendemos es un *espectro de representación*, dentro del cual, se le es posible a la administración ejercer una actividad de *arrastré* de “algo” al espectro. En la (**parte-literales B**) se cuenta con la existencia de una tipología de la discrecionalidad, una, denominada simple, y la otra, aumentada; aquella, será simple por no encontrarse en el

enunciado normativo que contiene la potestad discrecional un concepto jurídico indeterminado, en cambio de ésta, en la cual ambas instituciones jurídicos coinciden establecidas en un mismo enunciado normativo, por ello, que tenga que formularse una respuesta teórica al problema (objetivo principal de esta investigación).

Una vez concebida la existencia y conceptualización de la discrecionalidad aumentada, en la **SECCIÓN 2** se plantea la necesaria e imperiosa obligación de control judicial sobre la discrecionalidad aumentada, con el objetivo que esta *nueva* institución no se constituya en una zona de arbitrariedad y filtración del principio monárquico. En la **(parte-literal A)** se fundamenta los criterios *cognitivo* y *volitivo* de la discrecionalidad aumentada, presentes estos dos contenidos en ella, pues, se correlaciona el *arrastre* al *espectro de representación* del concepto indeterminado, y la libertad relativa de la elección de motivos, característica esencial de la discrecionalidad, elementos que conducen a afirmar la necesaria motivación de los actos administrativos provenientes de la referida potestad, de manera, que se acude a dos eventos prácticos para demostrar el uso de la discrecionalidad aumentada, uno, la elección funcionarios de libre nombramiento y remoción, el otro, la elección de funcionarios cargos de periodo fijo. Por último, el texto culmina en la **(parte-literal B)**, refiriéndonos a la necesidad del control mixto de la discrecionalidad administrativa, en este aparte en especial, señalamos la posición del consejo de estado Colombiano, en cuanto a la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, adaptando a estas corrientes del tribunal, en sentido crítico, la necesaria exigencia de la motivación en los actos administrativos resultado de la potestad discrecional Aumentada.

## **CAPITULO PRIMERO.**

### **EL DESVANECIMIENTO DE LA DICOTOMIA: ENTRE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y EL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO**

Se ha entendido que la gran diferencia entre la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, consiste en que mientras aquella se ubica en los efectos jurídicos de la norma jurídica, permitiendo a la administración adoptar más de una decisión justa, estos, por el contrario, son elementos típicos normativos<sup>5</sup> que aunque sean por esencia indeterminados, sólo admiten una decisión unívoca y justa, de allí, que se identifiquen con una potestad reglada<sup>6</sup>. Tal diferencia ha marcado el derrotero del estudio de la discrecionalidad administrativa, pero como se sostendrá en el presente escrito es posible disolver dicha distinción, estableciendo un punto de convergencia entre ambos elementos, de tal modo que los conceptos jurídicos indeterminados produzcan en la potestad discrecional de la administración un efecto de aumento, conllevando a que esta pueda actuar en un margen de decisión plural, sin que esto signifique caer en un margen de arbitrariedad e inmunidad jurisdiccional<sup>7</sup>, pues, es admisible un control formal y sustancial de la *discrecionalidad aumentada*.

A la postura que parte de la diferencia y la extrema separación entre las instituciones jurídicas, las referiremos, como doctrina divergente, la cual entiende a los conceptos jurídicos indeterminados como técnicas de control de fondo de la discrecionalidad y más próximos a la potestad reglada. Por otro lado, la postura que rechaza la diferencia, y acepta por el contrario, la coexistencia y similitud entre ambas instituciones las reconocemos como doctrina convergente, a la cual se adscribe esta investigación.

#### **SECCION 1. LAS DIVERGENCIAS ENTRE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL Y EL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO**

El argumento central que soporta la doctrina de la divergencia, y por ello su nombre, consiste en entender que mientras la discrecionalidad administrativa, a razón de su naturaleza misma, se funda en la existencia de un margen de decisión plural jurídicamente admisible para la administración, el concepto jurídico indeterminado, no le permite esa misma funcionalidad a la administración, pues, éste está atado a la tesis de la única respuesta correcta. Esta diferencia ha llegado a entender a estos conceptos como una técnica de control, una herramienta contra la inmunidad jurisdiccional que en un primer momento se reconocía a los actos discrecionales de la administración, junto con los actos políticos y los actos de reglamento.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> MAURER, Hartmut. Introducción al derecho administrativo alemán. Universidad Santo Tomás. Bogotá-Colombia, 2008, pág.36

<sup>6</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Ed. Civitas. Madrid-España, 1983. Pág. 27, 28

<sup>7</sup> Ha sido la lucha contra la arbitrariedad la que ha conducido por ejemplo al maestro ENTERRIA a sostener que la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, siendo estos últimos una herramienta de control de aquella, pues solo admiten una decisión unívoca y justa, fácilmente controlable por el juez de lo contencioso administrativo. Véase: ob. pre. cit. Pág. 37 en adelante.

<sup>8</sup> Ibíd. Pág. 28

## A. DOS CONCEPTOS DOCTRINALMENTE DISTINTOS

El punto de partida en el entendimiento de la potestad discrecional y el concepto jurídico indeterminado, se soporta en la condición de sujeción al principio de legalidad que le asiste a la administración pública, pues, toda su actividad se supedita en el hecho de ejecutar la ley, estando en cabeza de la administración una función de aplicación del derecho; y en consecuencia, de la comprensión del hecho que un juez pueda controlar dicha actuación desplegada por la administración en ejercicio de dicha potestad legal.

Significa esto que el actuar administrativo debe supeditarse al cumplimiento del principio del respeto de la ley (prevalencia de la ley), debiendo existir un fundamento y autorización legal para que la administración ejecute sus actividades (reserva de ley)<sup>9</sup>

La ejecución de la ley por parte de la administración, no es exclusivamente una función particularizadora del derecho, no puede pensarse que la administración frente a la norma sólo la aplique, pidiéndole que realice una mera adaptación de una norma general, abstracta e impersonal a un caso concreto, tal como lo haría un juez de la república.

La diferencia entre la administración y el juez, frente a la sujeción al principio de legalidad, es bastante, en cuanto que la administración debe tomar decisiones, y para hacerlo, en ocasiones debe gozar de una margen decisonal amplio dado desde el ordenamiento jurídico; el juez, por el contrario, en un sentido clásico de su funcionalidad debe realizar un proceso de constatación, de subsunción, de silogismo jurídico, y para ello, debe reducirse todo espacio de discrecionalidad en su actuar, en aras de la seguridad jurídica que exige su accionar. Esto se da, claramente, por la naturaleza misma de la administración y su distinta relación jurídica con la ejecución de la ley, pues, debe, por necesidad, ser embestida de una margen de decisión más amplio, para que lleve a cabo las funciones propias del Estado-Administrador<sup>10</sup>, satisfaciendo las prerrogativas modernas del estado social de derecho, plasmada por lo general en los textos políticos y normativos de condición superior, como es el caso de la constitución política (véase en Colombia art. 2 y 365 C.N)

---

<sup>9</sup> MAURER, Hartmut. Introducción al derecho administrativo alemán. Universidad Santo Tomas. Bogotá-Colombia, 2008, pág. 33. Este autor sostiene que el principio de legalidad se compone de dos elementos: 1º La prevalencia de la ley, y 2º la reserva de la ley. Mientras el primero consiste la prevalencia de la ley expresa y comporta la vinculación de la administración a las leyes vigentes, el segundo, determina la exigencia de un fundamento legal y autorización para las actividades de la administración

<sup>10</sup> El concepto de estado-administrador se sitúa en la relación de justificación del poder, el estado burocrático de Max weber es un sencillo ejemplo de tal relación. La justificación del poder es un asunto de necesidad de orden, logrado por gracia de la institucionalidad superior: Estado. En esa relación de dependencia de quien obedece a quien manda, el estado se abrogó tal posición a gracia de la relación de los principios de legalidad y legitimidad, y al Estado ostentar el monopolio de la producción de las normas jurídicas, ofreció como legitimante de su poder el *valor* de administrar los recursos, establecer los alcances y crear límites de los derechos de los administrados, de modo, que a él le debemos la administración de los recursos de todos nosotros, función que se cumple por la concepción del principio de unidad. Léase: PASSERIN D'ENTRÉVES, Alessandro. La noción de Estado. Edición y prologo Ramón Punset. Ed. Ariel. España, 2001, pág. 190, 191.

Eduardo García de Enterría y Tomas Ramón Fernández reconocen a la administración del Estado como una persona jurídica (unidad jurídica-política), particularidad forjada en la época medieval a través de la teoría de la corona, la dote, y luego, con la teoría del fisco<sup>11</sup>, el logro de estas teorías consistió en la transpersonalización del poder, de la construcción de una ficción<sup>12</sup> a la cual se dotó de contenido, capacidades y obligaciones. Pero no fue fácil reconocer que todos sus actos eran controlables judicialmente, se presenta un primer momento, como efecto directo de la transpersonalización del poder la distinción de dos dimensiones del Estado, la primera en la cual se reconoce que al Estado como poder público, y la segunda como persona jurídica, sólo esta última posible de control jurisdiccional, lo que se conoció a su vez, en el régimen francés, con la diferencia entre actos de autoridad y actos de gestión, estos controlables por jueces ordinarios, pues los primeros referían al Estado como poder público solo controlables por tribunales especiales de lo contencioso administrativo<sup>13</sup>, que en sus inicios resultaban ser parte del complejo orgánico de la Administración.

De la anterior breve descripción, se rescata la relación existente entre condiciones de funcionalidad del Estado administrador, y su debido control jurisdiccional, pues, puede decirse que el producto de la transpersonalización del poder, fue, claramente RELACIONAR el poder con el

---

<sup>11</sup> Explican los autores que los juristas regios, en el medioevo, periodo caracterizado por una confusión entre lo público y lo privado, el dominium y el imperium, establecerán un proceso de transpersonalización e institucionalización del poder, a través de la corona, comprendiéndola como una entidad mística, distinta a la imagen del príncipe, siendo una especie de corporación en la que el rey no es *dominus*, sino solo *curator*, la corona según- Enterría y Fernández- se constituirá de ese modo en el centro de imputación y producción de actos jurídicos-políticos distintos, superiores y expresivos de la unidad del reino, distinguiéndose de los actos del rey. Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décimo tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006. Pág. 368, y ss.

<sup>12</sup> Estos autores exponen que- *la idea del fisco*, como patrimonio separado, arranca del derecho romano tardío, pero es una reelaboración de los juristas alemanes del absolutismo. Junto al monarca como soberano se materializa y sobresale el fisco, en calidad de una persona ficta, una ficción a la que se reconoce la condición de persona jurídica privada, lo que la conduce a ser sujeto de derechos y obligaciones, además de ser el centro de imputaciones de relaciones de tipo patrimonial y su consecuente enjuiciamiento por los tribunales ordinarios. A través de la teoría del fisco, y la capacidad que tenía el rey para entablar relaciones patrimoniales se permitirá el enjuiciamiento sistemático de las actividades patrimoniales del príncipe absoluto. Véase: Ob. Cit. Pág. 369.

<sup>13</sup> Para el profesor colombiano JAIME VIDAL PERDOMO la influencia del derecho Francés con sus principios de separación de poderes y la prohibición a los jueces comunes de inmiscuirse en los asuntos administrativos, produjo en Colombia el establecimiento del Consejo de Estado y a un desarrollo de la jurisdicción que se cumplió en el siglo XX, órgano que fue acogido por los juristas y políticos colombianos en contra de aquellas doctrinas que provenían como es el caso del derecho anglosajón que no admitían la existencia de un tribunal y derecho especial frente a los asuntos distinto de los particulares, pues se entendía que dé admitirlos quebrantaría los derechos y garantía de los ciudadanos; o en contra de una tercera postura intermedia en la cual puede ubicarse los países que sí bien no poseían una jurisdicción especial para los asuntos administrativos, sí, poseían salas o secciones o juzgados especiales vinculados a la rama ordinaria. En VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Décima tercera edición. Ed. Legis editores S.A. Bogotá- Colombia, 2008. Pág. 547, 548

control jurisdiccional, aunque estos avances se hayan logrado en la modernidad<sup>14</sup>. Sobre este punto, los principios del Estado de derecho y luego el Estado social de derecho se encargará de dar conclusión parcial<sup>15</sup>. En este contexto del respeto por la legalidad y el control de los actos del Estado administrador se ubica las potestades administrativas y particularmente la discrecionalidad, esto en cuanto que no se producen de una relación jurídica si no del ejercicio del poder político institucionalizado (poder público)<sup>16</sup> que le asiste al Estado, que las debe concebir para no ser desconocedor de los fines y principios en los cuales se apoya como ficción.

El concebir la existencia de un juez y derecho especial que controlaba las actuaciones de la administración, se da en Francia la existencia de actos que eran inmunes al control judicial, aquellos sustraídos del control de legalidad, quedando en esta misma posición los actos políticos o de gobierno y los actos discrecionales, los primeros inmunes totalmente, en cambio los segundos, solo inmunes en cuanto a un control de fondo. Explica el profesor JAIME VIDAL PERDOMO que la teoría de los Actos de Gobierno se origina en la jurisprudencia, su justificación inicial fue acudir a las *razones de Estado*<sup>17</sup>, pues algunos asuntos de importancia política y propios de la persona jurídica Estado los hacían inmunes al control judicial, en Colombia- enseña - algún sector de la

---

<sup>14</sup> léase: FERRERES COMELLA, Víctor. Una defensa del modelo europeo de control Constitucional. Ed. Marcil Pons. España. 2011. pág.39, 41 y ss. Plantea el autor que el principio de separación de poderes fue entendido de manera distinta en estados Unidos y en Francia, en este último, se confió en el legislador y en el ejecutivo los motores de la transformación social, de modo que los jueces fueron vistos con desconfianza, además de su origen monárquico, por la posibilidad de separarse del tenor literal de la ley, por ello, se les prohibió fiscalizar las acciones del ejecutivo y el legislativo.

<sup>15</sup> Me refiero a una conclusión parcial, por dos sentidos, el primero: hace referencia que en la esencia misma del estado social de derecho, al estar sometido el poder público al mismo imperio de la ley, no puede reconocerse que algunos actos y hechos proferidos por el Estado- Administración , queden por fuera de un control jurisdiccional, más aún cuando el estado Social de derecho potencializa la relación de autoridad con las garantías de los individuos; segundo: el dilema que se presentará, y lo que puede entender la continuación del debate se dirigirá a resolver los límites propios de este control por parte de los jueces, porque nada nos dice que los jueces en esa actividad de control, actúen arbitrariamente. Nótese por ejemplo la crítica que se alza contra los tribunales constitucionales por fungir como legisladores positivo. Léase: SIERRA CADENA, Grenfieth de Jesús. El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. el caso de la descentralización en Colombia. Ed. Universidad del Rosario. Colombia.2009. Pág. 49 y ss. también, MORENO MILLÁN, Franklin J. La jurisprudencia constitucional como fuente del derecho. Ed. Leyer. Bogotá- Colombia, Pág.59 y ss.

<sup>16</sup> VELASQUEZ TURBAY, Camilo. El poder Político. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. Pág. 27, 28 y ss.

<sup>17</sup> En la obra del maestro alemán Rudolf Stammler se dirigirá su crítica a la doctrina de la razón de Estado, que reconocerá este profesor en las dos obras de Nicolás de Maquiavelo (el príncipe y discurso), básicamente la crítica girará en torno a rechazar la postura del florentino de considerar lícito cualquier medio para el establecimiento y mantenimiento de un Estado Fuerte, reconociendo como malas leyes las que favorecían el debilitamiento de la coacción estatal. Para STAMMLER esta doctrina aparece deficientemente fundada. *“Ante todo le falta la necesaria distinción del derecho y la moral, y no menos del derecho y del Estado. Pero, más que eso, su desarrollo carece de claridad sobre la medida última y definitiva e interiormente fundada de una voluntad jurídica. El carácter de lo bueno no consiste simplemente en acomodarse a los artículos de un derecho estatal. Pues este tiene sólo trascendencia condicional y limitada. Para constatar una voluntad justa hay que enfocar el anhelo nacido empíricamente hacia la idea de la pureza de la voluntad”* STAMMLER, Rudolf. Modernas Teorías del Derecho y del Estado. Ed. ARA. Perú.2006. Pág. 20,21.



doctrina determinó la existencia de unos actos del ejecutivo denominados *actos de poder*, que escapaban del control de fondo de los jueces.-

*“Entre ellos enumeraba los que procedían de las facultades del artículo 121 y no eran de carácter legislativo; los que ordenaban la retención de personas contra quienes aparecieran indicios de que atentaban contra el orden público; el mensaje presidencial de urgencia para el despacho de proyectos de ley; los relativos a la guerra, y algunos vinculados al manejo de las relaciones internacionales”<sup>18</sup>*

De esa manera explica Vidal Perdomo que-

*“Pensamos que es necesario distinguir entre la posibilidad de acusar ante los jueces los actos y la de que ellos los encuentren ilegales; si la primera no existe, hay, de acuerdo con la teoría francesa, actos de poder o de gobierno; si son susceptibles de recursos, pero el juez no puede definir sobre el fondo de los actos porque la apreciación correspondiente ha sido dejada en manos del órgano ejecutivo y no es asunto de derecho, no se trata de actos de poder, sino de actos realizados en ejercicio de un poder discrecional”*

De ese modo, un primer acercamiento a lo que podría ser considerado como actuar discrecional de la administración, era partir de la diferencia del tipo de control judicial precedente; como vimos en la cita anterior, se considerará que lo discrecional hacía referencia a la posibilidad de libertad de apreciación dejada por ley a la administración, lo cual, no negaba en absoluto el control jurisdiccional, como, sí, acontecía con los actos de poder<sup>19</sup>, sino que lo admitía parcialmente, al rechazar un control de fondo. Pero el mismo profesor Perdomo-comprende que la discrecionalidad que gozaba el ejecutivo en Colombia disminuyó por motivos de la creación de la corte constitucional, pues, se impuso el criterio de estudiar los motivos que llevaron a la declaratoria de conmoción interior (art.213), lo que resultaba siendo un control de fondo de las actuaciones discrecionales-

---

<sup>18</sup> Ob. Cit. Pág. 582. Vidal Perdomo, expone que los actos de Gobierno de origen Francés en la actualidad no poseen una concepción que le sirva de respaldo, sino que simplemente es una lista, que la jurisprudencia recorta o disminuye, de actos que empíricamente se consideran no ser objeto de recursos contenciosos. Entre las medidas que hoy forman parte de este inventario- Recalca Perdomo- se encuentran las que se refieren a las relaciones del Gobierno con las cámaras políticas (iniciativa de leyes, créditos solicitados al parlamento, facultades extraordinarias del artículo 16 de la constitución, sumisión a referendo de un proyecto de ley) y al manejo de las relaciones internacionales (elaboración o denuncia de tratados, ejercicio de la función diplomática, conducción de la guerra)

<sup>19</sup> En Colombia se desarrolló la *“teoría de los móviles políticos”* con el fin de argumentar la *inmunidad jurisdiccional* de los actos de poder. Teoría consistente que una vez el juez de lo contencioso administrativo, evaluaba los motivos del acto, sí, éste era producido con motivos políticos no podía juzgarse el acto. Pero luego en la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano se reconoció los actos de poder o de gobierno como actos administrativos, obteniendo de este reconocimiento, el cese de la teoría de los móviles políticos y de la inmunidad jurisdiccional, postura que por demás se evidencia en las leyes modificatorias del código contencioso administrativo Colombiano, tal como nos referimos anteriormente

*“concluyendo sobre lo expuesto, y teniendo en cuenta que tanto el artículo 241 de la Constitución como el artículo 82 del código contencioso administrativo no dejan fuera de la posibilidad de someter al control judicial actos del órgano ejecutivo, se tiene que no existe en el derecho colombiano un tipo de acto similar a los del Gobierno del derecho francés. Lo que existe, por el contrario, son actos respecto de los cuales, aunque pueden ser anulados por otros motivos, la decisión sobre la oportunidad o conveniencia es del resorte exclusivo del Gobierno”-*

*“(…) el punto final a la discusión lo pone el artículo 82 del decreto-ley 01 de 1984, que dispuso que la jurisdicción en lo contencioso administrativo podrá juzgar, inclusive las controversias que se originen en los actos políticos o de Gobierno, “pero solo por vicios de forma”. Esta última expresión fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de justicia, aunque después de hacerlo limita el control en forma bastante similar a como lo había el hecho el texto desaparecido”<sup>20</sup>*

En la legislación Colombiana, las normas posteriores que modificaron el artículo 82 original del decreto con fuerza de ley 01 de 1984, decreto 2304 de 1989, la ley 446 de 1998 y la ley 1107 de 2006, establecieron el control de los *actos de poder o de gobierno* eliminando la condición por *“vicios de forma”* contenida en la norma original. A partir de la vigencia de dichas disposiciones el control jurisdiccional no solo es de forma sino también de fondo, sobre los actos de poder o de gobierno. Así lo reconoció el Consejo de Estado Colombiano al manifestar que a partir de dicha normatividad, los *actos de poder o de gobierno* son *actos administrativos* en últimas<sup>21</sup>, pudiendo

---

<sup>20</sup> Ob. Cit. Pág. 583. El artículo 82 del decreto con fuerza de ley 01 de 1984, establecía que “los actos de poder o de gobierno pueden ser controlados pero solo por vicios de forma”; esta norma fue modificada primeramente por el artículo 12 del decreto 2304 de 1989, posteriormente por el artículo 30 de la ley 446 de 1998, luego derogado por el artículo segundo de la ley 1107 de 2006. En estas mencionadas normas se consideró como objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, conocer y juzgar controversias frente a los actos políticos o de gobierno por vicios de forma y de fondo. La ley 1437 del 18 de enero de 2011, por la cual se expide el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso Administrativo, específicamente en su artículo 104 numeral quinto señala que será competente para conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo de las controversias y litigios originados en actos políticos o de gobierno. Anterior al decreto 01 de 1984, la ley 167 de 1941 artículo 73 establecía cuatro tipos de actos que no eran acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa: 1. Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tenían origen en un contrato; 2. Las resoluciones que se dictaban en juicios de policía de naturaleza penal o civil, y las sentencias proferidas en los juicios seguidos por fraude a las rentas nacionales, departamentales o municipales; 3. Las correcciones disciplinarias que se imponían a los funcionarios públicos, excepto las que implicaban suspensión o separación del cargo de empleados inamovibles según las leyes; y 4. Las atribuidas por la ley a otra jurisdicción. La ley 130 de 1913 sobre la jurisdicción de lo contencioso administrativo determinó la competencia para conocer al tribunal supremo de lo contencioso sobre actos de gobierno pero solo aquellos que pusieran *fin* a la actuación administrativa, pues se consideraba que si no había acto definitorio no había que corregir ni agravio ni se consideraba vulneración alguna al ordenamiento jurídico. Véase. Sentencia consejo de estado del 18 de febrero de 1931 consejero ponente: Sixto A. Burbano. Consultada página web: <http://www.consejodeestado.gov.co>

<sup>21</sup> El consejo de Estado- Sala de lo contencioso administrativo-Sección primera Expediente: 5828 de 2000, Consejero ponente Juan Alberto Polo Figueroa, al resolver la acción de nulidad contra las notas diplomáticas OJ.AT.DM. 064829 de 22 de diciembre de 1.997, emanada del Ministerio de Relaciones

ser declarados nulos por todas las causales del artículo 84 del decreto 01 de 1984 y no solo por vicios de forma<sup>22</sup>.

Esta postura legal se mantiene en la ley 1437 de 2011<sup>23</sup> conocida como código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, reemplazando la anterior normatividad (decreto 01 de 1984).

Ahora bien, puede verse como actos los políticos y los actos discrecionales se consideraban zonas de inmunidad jurisdiccional, aunque en diferente grado. El control jurisdiccional de los actos políticos o de gobierno se considerará un tema (entre tantos) de gran discusión en el derecho administrativo, pues en ellos se permea la esencia político-jurídica del Estado, la administración y la conjugación necesaria entre poder público y los derechos del administrado<sup>24</sup>, aunque en últimas terminen siendo actos administrativos. Mientras la propuesta del control jurisdiccional de los actos discrecionales toca las fibras de la libertad de apreciación que el mismo ordenamiento a previsto para la administración.

---

Exteriores, dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, por medio de la cual le comunica la decisión del Gobierno Nacional de retirar la reserva que Colombia formuló respecto de los artículos 3º, párrafos 6 y 9, y 6º de la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTROPICAS, suscrita en Viena el 20 de diciembre de 1.988 se manifestó lo siguiente: *“aún bajo la específica denominación de acto político o acto de gobierno, toda vez que, como es sabido, tales actos del gobierno, cuando no están insertos en la función legislativa o constituyente se tratan como actos administrativos, tanto por el ordenamiento jurídico como por la doctrina y la jurisprudencia colombianos, tanto en cuanto se les somete al control de la jurisdicción contencioso administrativa”*. Entendiendo por lo tanto que las notas diplomáticas son actos administrativos *“debido a que contiene una declaración de voluntad, dada de manera unilateral por el Gobierno Nacional, en ejercicio de la función política que comporta aplicación práctica de un ordenamiento jurídico determinado, como es precisamente el derecho de los tratados, por parte del Ejecutivo; y que produce efectos jurídicos directos sobre asuntos de que trata.”* CE-SEC1-EXP2000-N5828 <http://www.consejodeestado.gov.co>

<sup>22</sup> CE 1,08 May. 2000, e,6130, O. Navarrete. En <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5532#1>. En el año 1975 el Consejo de Estado reconoció que *“los actos dictados en ejercicio del poder de policía, relativos al orden público, la tranquilidad, la moralidad, la salubridad y el orden público económico, de creciente ocurrencia en la actividad del Estado contemporáneo, en principio no se excluyen del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa: como actos administrativos que son, están sujetos, por regla general, según la constitución y la ley, al control de esta jurisdicción especial”* Ver sentencia: CE 1,12 Sept. 1975, e,2258, H. MORA OSEJO. Consultada en página web: <http://www.consejodeestado.gov.co/>

<sup>23</sup> Véase los artículos: 104,105, 137,149.

<sup>24</sup> El maestro argentino Agustín Gordillo, señaló en sus obras que el presente y futuro del derecho administrativo era contrarrestar los principios del pasado (Indemandabilidad del soberano, irresponsabilidad del soberano, los actos del principio, la doble personalidad del estado, la vieja jurisdicción contenciosa, poder de policía) –manifestando lo siguiente- *“la concepción del Estado y de la administración como agentes del bien común o el interés público, dada como abstracción permanente y generalizada (todo estado sirve siempre al bien común) es una idea que no puede aceptarse axiomática o dogmáticamente, como tampoco puede serlo la contraria de que el Estado sirve siempre a los intereses de la clase dominante: habrá que analizar qué intervenciones realiza o deja de realizar, qué modalidades adopta, a qué intereses sirve, para poder evaluar en cada caso el tipo de intervención o abstención. En otras palabras, es siempre necesario poner las hipótesis o teorías a la prueba de los hechos”* Ver: GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. 5ª Edición. Ed. Fundación de derecho administrativo. Argentina. 1998. PÁG. 95-101

En el artículo titulado “La Lucha Contra las Inmunidades Del Poder”, publicado en la revista de administración pública española en 1964 el maestro EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA establecerá que existiendo tres zonas de inmunidad jurisdiccional: los actos de reglamento, los actos políticos y los actos discrecionales, debe combatirse, por lograr la reducción de estas zonas, dotando a los jueces de herramientas para controlar dicha actividad no solo de forma sino materialmente<sup>25</sup>. Con este pronunciamiento se dio a entender en su momento que no solo en la doctrina y en la práctica administrativa anterior a la expedición de la constitución española de 1978, quedaban por fuera del control jurisdiccional los actos políticos, sino que en esta circunstancia también se hallaban los actos discrecionales, cuyo sustento no era la condición política del Estado Administrador, sino del margen de decisión amplia que gozaba el Estado Administrador (ejecutivo) y que por esa misma condición de libertad decisional no podía comprenderse que pudiese aplicarse control por parte de un juez, pues, eso implicaría contrariar las razones de oportunidad y conveniencia del ejecutivo.

Los actos de poder o de gobierno<sup>26</sup>, sobresalen en la doctrina con el fin de determinar la existencia de dos dimensiones del Estado, una jurídica-administrativa, susceptible de control jurisdiccional y otra, la dimensión del poder público, no susceptible de control<sup>27</sup>. Estas dimensiones posteriormente se disolverán debido al reconocimiento de los principios de indivisibilidad y unidad de la soberanía, doctrina *sistematizada* por el maestro francés J.J. Rousseau ajustándola en cuanto que la fuente del poder público será el pueblo, y el reconocimiento del estado como única persona jurídica no indivisible, discusión muy interesante que se llevó en la escuela de derecho público alemán representado por GEORGE JELLINEK y posteriormente, con el maestro

---

<sup>25</sup> Posteriormente en la edición peruana de su obra, sostendrá en el prólogo el autor que estos escenarios de inmunidad jurisdiccional se redujeron con la expedición de la constitución española de 1978, en la cual se consagra el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, y el derecho de los administrados de obtener de los tribunales de justicia la tutela judicial efectiva de sus derechos.

<sup>26</sup> El tratadista argentino Agustín Gordillo, reconoce que el término de gobierno se refiere a las tres ramas del poder público, pero hablando en el entendido de los actos de gobierno en el derecho administrativo, hace referencia a cierto tipo de actos en cabeza del ejecutivo. Señala Gordillo que los actos de gobierno nacen en Francia, como la postura del consejo de estado Francés para no hacer control sobre determinado actos y con el fin de explicar actos realizados por el poder ejecutivo, y que estos contenían un fin político supremo. Actos que se conocían en la doctrina norteamericana con el nombre de *cuestiones políticas no justiciables*, en Brasil en la época militar con el nombre de actos institucionales, y en argentina se recogió la doctrina por Marienhoff y luego por el gobierno militar. Señala Gordillo que frente a la discusión del control jurisdiccional, se crearon varias teorías, entres estas las siguientes: i) tesis subjetiva: no se revisa lo que el poder ejecutivo no quiere que se revise. Se presenta por el peligro de desaparecer el Consejo de Estado, este asumió una posición sumisa frente al poder, asumiendo este la decisión de la irrevisabilidad. ii) la teoría objetiva: distinción entre gobierno y administración, tesis que proviene una vez cae el régimen imperial en Francia, y el desarrollo del espíritu de la legalidad, empieza a verse los actos de gobierno como una fisura en el derecho francés, se discute no tanto la existencia de este tipo de actos sino que la *decisión de irrevisabilidad* estuviera en manos del administrador, por eso, tuvo que surgir la distinción entre actos de gobierno y actos administrativos. Consolidándose esta condición en un control a priori. Ver: GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo 2. Edición 8ª. Fundación de derecho administrativo. Argentina. 2006. págs. 291-297

<sup>27</sup> Aunque hoy por hoy, pueda entenderse el pleno control de este tipo de actos, fruto de los efectos radiantes del Estado Social de Derecho (relación autoridad- garantías) y el constitucionalismo moderno (sometimiento al imperio de la ley, construcción de finalidades)

HANS Kelsen, que reconoció la unidad y no diferencia entre el estado y el derecho, señalando una única soberanía del ordenamiento jurídico.<sup>28</sup>

El principio de unidad se materializa el momento que el Estado ostenta el poder político institucionalizado, de modo que los actos y las funciones que cada una de las ramas y órganos desempeña, se encarrila en una misma dirección: el poder público<sup>29</sup>. De esto se desprende que cuando el ejecutivo expide un acto, está efectuando una **acción** propia y única del poder público, y cuando el juez controla dicho acto que puede resultar ser político, de gobierno o discrecional ejerce su **acción** de control jurisdiccional amparado en el ejercicio legítimo, de ese mismo, poder público. En la doctrina de la Unidad jurídica-política del Estado tanto la acción de la administración como el control del juez sobre los actos del Estado Administrador, se apoya en el ejercicio del poder público del Estado (que es uno sólo), esto quiere decir, que el fundamento tanto de la acción administrativa como del control jurisdiccional se apoyan en el mismo punto central: el ejercicio del poder público. Lo que acontece es que, aunque, si bien es cierto, la distinción comentada de los actos de gestión y de autoridad pierden su razón de ser en razón de la Unidad del Estado, será el modo de actuar y de la ejecución de la ley y la constitución de la administración, que dista de ser muy diferente a la del juez, lo que conducirá a la discusión de los poderes y límites del control jurisdiccional que le asiste al juez sobre los actos emitidos por el Estado administrador.

Puede considerarse entonces que la Unidad del poder público resalta la **acción fundamentada de todos los órganos del Estado**, siendo improcedente sostener un monopolio exclusivo del poder público en cabeza de un solo órgano del Estado, condición de la cual brotaría la imposibilidad de su control, de esta manera, se construye en la procedencia del control judicial ante todas las actuaciones del Estado- administrador un estandarte necesario que garantiza la permanencia de la **unidad** fundadora del poder público<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Kelsen, Hans. Teoría general del Estado. Ed. Coyoacán. 2ª ed. trad. Luis Legaz Lacambra. México. 2005. pág. 133 y ss. También: Kelsen, Hans. Teoría general del derecho y del Estado. Trad. Eduardo García Máynez. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 5ª reimpresión. México, 1995, pág.215 y ss. Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Ed. Libros Hialgos. Colombia, 2010, Pág. 148. Ebenstein, William La teoría pura del derecho. Ed. Coyoacán. México, 2004, pág. 141 y ss. Sobre la posición de la concepción de Estado en el pensamiento alemán véase. De la Cueva, Mario. la idea del Estado. Ed. Fondo de cultura Económica de México. 5ª ed. México. 1996. pág. 141 y ss.

<sup>29</sup> Klaus Müller, refiriéndose en los términos de la juridificación al proceso que realiza el estado con el fin de regular jurídicamente conductas que antes se encontraban por fuera de la órbita de éste. Podríamos entender desde las consideraciones del maestro alemán que el poder público es un instrumento que permite a través de un proceso de juridificación entendido como “la penetración del derecho en ambientes sociales que hasta entonces se mantuvieron como espacios no regulados jurídicamente”, proceso que ocurrió de manera expansiva, observándose -como lo dice Müller- en la transición de las sociedades segmentadas pre-estatales hacia las sociedades con organismos estatales. Véase: Müller Uhlenbrock, Klaus. Del IUS PUBLICUM EUROPAEUM a la gobernabilidad Global. Estrategias, fases y fundamentos de la juridificación. Artículo consultado en la página web: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

<sup>30</sup> Véase: Preámbulo constitucional que se refiere a la Unidad de la Nación bajo un orden jurídico establecido, art. 2 fines esenciales del Estado, 113, 115, inc. 2 Art. 123, art. 122, art. 209, art. 287, art. 365 Constitución Política de Colombia de 1991

Puede decirse con cierta razón, que ya no tiene sentido la clasificación hecha hace bastante tiempo de actos de gestión y de autoridad, en cuanto que en el Estado Social de Derecho no queda exento de control jurisdiccional ningún tipo de acto proveniente del Estado, ya que, aunque se reconozca al Estado como persona jurídica, condición tan discutida al idealismo hegeliano y luego al positivismo alemán, no significa que sus actos no puedan ser controlados y que los daños ocasionados no sean reparados<sup>31</sup>, bien sean por vulneración de los derechos humanos, desconocimiento de las normas de derecho o de los tratados internacionales, o por incumplimiento de las obligaciones pactadas.

Ahora bien, la discrecionalidad de la administración se apoya en un argumento que goza de plena vigencia: la administración para cumplir los compromisos asumidos constitucionalmente y capsulados en el principio del estado social de derecho, se somete al respeto de la ley entendida no solo en sentido formal sino también material, lográndose con esa sujeción el amparo de la seguridad jurídica y la legitimidad del poder público. El Estado- Administrador en su idea de cumplir con las funciones propias estipuladas en el ordenamiento jurídico, afianza su accionar en la existencia de dos potestades: por un lado, se piensa en la posibilidad exclusiva que le asistiría al legislador por medio de la ley de reglamentar todas y cada una las situaciones a las que se enfrenta la administración para cumplir los cometidos estatales, construyéndose una potestad reglada; y por otro lado, legalmente se posibilita jurídicamente a la administración de un margen de decisión amplio para que pueda decidir en determinados casos la mejor solución posible para el cumplimiento de los *finés* del Estado, entendiéndose allí, la presencia de una potestad discrecional, sin que esto signifique desembarazarse del respeto por la legalidad, la seguridad jurídica, la confianza legítima, el respeto de los derechos humanos y la legitimidad del poder público<sup>32</sup>.

En este punto en concreto, el problema central no será la *bi-dimensionalidad* del Estado (*como sucedía con el tema de los actos de gestión y de poder*), sino el *administrar* del Estado, y su específica tipología de actuar discrecional.

Administrar según VIDAL PERDOMO es incrustar dentro de la realidad social criterios que sirvan al bienestar general, es materializar las opciones de una política, enseña -a su vez este jurista colombiano- que en un primer momento administrar consistía en legislar, entendiendo que por sí mismas las normas satisfacían las necesidades colectivas, pero una vez se terminaron estas creencias sociales, y se consolidó la imperiosa necesidad del Estado de garantizar los fines sociales, le quedó a la ley dos caminos, o bien señalaba las hipótesis de su aplicación e indicaba a la administración las medidas precisas que debería tomar en relación con cada una de ellas, forjándose una rígida política proveniente de la misma ley, concluyendo en una competencia o poder reglado; o bien, le quedaba indicar un marco general de su acción y autorizar a la

---

<sup>31</sup> GÜECHA MEDINA, Ciro Nolberto. Responsabilidad del Estado por Actos terroristas. Ed. Ibañez. Bogotá-Colombia, 2012. Pág. 22-29

<sup>32</sup> RODRIGUEZ O., Julio Armando. La legitimidad en el Estado Social de derecho. Ed. Leyer. Bogotá-Colombia. 1998. Pág. 58 y ss. Quien expone que el Estado social de derecho como una moderna estructura política en la cual se pretende su materialización en la consolidación del bienestar general, y de la justicia social con *“gran prelación del interés general sobre el interés particular y el propósito fundamental de solucionar las necesidades insatisfechas de la población”*

administración para que, por su intermediación a una realidad compleja y variable, juzgara sobre la conveniencia de aplicar las hipótesis legales a medida que las considerara oportunas, asumiendo la ley una política flexible, produciendo consecuentemente un poder discrecional, en el cual se presenta que la autoridad administrativa es libre de tomar esta u otra decisión, cuando su conducta no le está dictada de antemano por el derecho<sup>33</sup>.

Para VIDAL PERDOMO es necesaria la existencia de un margen de poder discrecional, dada la imposibilidad que le asiste a la ley para prever todas las hipótesis a que su aplicación puede dar lugar, así que el juez que controla este tipo de actos no debe entrar en el terreno de la oportunidad-

*“porque justamente la ley quiso que fuera el administrador el único que resolviera sobre este particular (...) solo queda por fuera la ilegalidad por razón de los motivos, porque precisamente la ley dotó al administrador del poder de decidir soberanamente si delante de tal motivo dictaba el acto o no”<sup>34</sup>*

El profesor Costarricense ERNESTO JINESTA LOBO al referirse sobre el control jurisdiccional de los actos de la administración, expone que es un elemento trascendental en el Estado social de Derecho, en la medida que posibilita la vigencia pragmática de otros elementos del Estado, como es el principio de legalidad, separación de funciones, y el ejercicio real de los derechos y libertades de los administrados.

El control jurisdiccional es un avance contra la arbitrariedad - considera JINESTA LOBO que- el control está ligado directamente a la fuerza normativa de la norma fundamental, el control no es solo un asunto político sino jurídico –precisamente porque-

*“... es encauzar la función administrativa dentro de los márgenes permitidos y alcanzar la consecución de los fines públicos, este encauzamiento obedece en sí a la necesidad de encuadramiento de la conducta desplegada por la administración a los principios y reglas del ordenamiento jurídico”<sup>35</sup>.*

El encuadramiento de la conducta de la administración al ordenamiento jurídico representa la reducción del desbordamiento del poder en contra del administrado, la significancia de la justiciabilidad de los actos, y, su sometimiento al principio de legalidad. Por eso que JINESTA LOBO considere -con total razón- que el principio de separación de funciones, significa un método de contención del poder público por sí mismo-

*“para lo cual es necesario arbitrar un sistema de pesos, contrapesos, frenos y límites recíprocos (checks and balances), y de esa manera lograr un balance o equilibrio de poderes en aras de garantizar la libertad ciudadana. De ese modo, la*

---

<sup>33</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Décima tercera edición. Ed. Legis editores S.A. Bogotá-Colombia, 2008. Pág.288-290

<sup>34</sup> Ibid. Págs. 584, 585, 586

<sup>35</sup> JINESTA LOBO, Ernesto. El control jurisdiccional de la administración pública. Revista judicial. Costa Rica. Año XX, Nro.63 del año 1997. Pág.97,98

*separación de funciones se complementa con la garantía de los derechos a efecto de levantar barreras al poder arbitrario y absoluto”<sup>36</sup>*

*(...) “el control jurisdiccional de la función administrativa, es en suma una consecuencia trascendental de la aplicación del principio de legalidad a la administración, pues supone que la misma está sujeta al bloque de legalidad, al derecho, los que se constituyen en parámetros permanentes de la actuación administrativa, fuera de cuyos márgenes deviene en irregular. El ámbito administrativo es permeado por el derecho, con lo que no quedan espacios exentos de su cobertura*

*(...) el control jurisdiccional de la administración pública, indubitadamente, constituye un medio para mantener el Estado Social de derecho, pues le garantiza al administrado una serie de derechos y prestaciones, y de otra parte, combate las arbitrariedades y abusos de la administración en su rol intervencionista o como dadora de prestaciones positivas. Por lo anterior, se ha subrayado el carácter bidimensional asumido por la justicia administrativa, afirmándose lapidariamente como juzgar a la administración contribuye decisivamente a administrar mejor”<sup>37</sup>*

En el tratamiento de la potestad discrecional, tiene total importancia el reconocimiento de que el Estado se haya constituido en persona jurídica, y que se solidifique en el principio de la unidad jurídica-política; unidad dada por la sujeción a las reglas del derecho, al principio de legalidad, al de seguridad jurídica y a la proscripción de la arbitrariedad, entendida como el sometimiento a las reglas de los fines y de los medios propias del poder artificial (poder público) del Estado.

Que la actuación del Estado- administrador no sea contrario a los fines preestablecidos se logra con la sujeción al principio de legalidad. En cuanto a este principio, los maestros españoles García de Enterría y Tomas Fernández-, señalan con precisión, la relación del Estado y del derecho, reconociendo que toda organización política se apoya de una concepción determinada del derecho, sobre la cual actúa<sup>38</sup>. La relación intrínseca del principio de legitimidad del poder con el principio de legalidad, nacerá de esta condición de la organización política y su dependencia a la concepción previa de un derecho. De tal modo, que la legitimidad razonada como el reconocimiento y acatamiento del poder, se verá reforzada por la idea de la *sujeción* a una norma general, la legalidad.

El principio de legalidad, supone un sometimiento a la ley, bien en sentido material o formal, sometimiento que para Enterría y Fernández, se apoya en dos claras justificaciones-

*“... Una más general y de base, la idea de que la legitimidad del poder procede de la voluntad comunitaria, cuya expresión típica, como ya hemos estudiado, es la Ley; ya no se admiten poderes personales como tales, por la razón bien simple de que no hay ninguna persona sobre la comunidad que ostente como atributo divino*

---

<sup>36</sup> Ibíd. Pág. 102,103

<sup>37</sup> Ibídem.

<sup>38</sup> Ob. Pre. Cit. Pág. 437



*la facultad de emanar normas vinculantes para dicha comunidad; todo el poder es de la ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es la propia de la ley*

*(...) la segunda idea que refuerza esa exigencia de que toda actuación singular del poder tenga que estar encubierta por una ley previa es el principio técnico de la división de poderes: el ejecutivo se designa así porque justamente su misión es <ejecutar> la Ley, particularizar sus mandatos en los casos concretos; la distinción entre los poderes legislativos y ejecutivo da al primero la preeminencia y limita al segundo a actuar en el marco previo trazado por las decisiones de aquél, esto es, por las Leyes. Lo mismo ocurre con el poder judicial, que deja de ser un poder libre, supuesta expresión directa de la soberanía y con la misma fuerza creadora que el poder normativo supremo, para quedar definitivamente legalizado, sometido a la Ley”<sup>39</sup>*

Para estos autores el sometimiento a la ley, tiene como objetivo principal limitar las posibilidades de actuación de la administración, pues al ser ella una creación abstracta del derecho, queda por naturaleza enganchada a una legalidad de tipo objetiva, la cual, no solo propende que se la eficacia del sometimiento, sino, que puede ser invocada por los particulares mediante el sistema de acciones, tornándose legalidad también en un asunto de derechos subjetivos<sup>40</sup>.

Refiriéndose más detalladamente a la ejecución de la ley por parte de la administración, sostienen García de Enterría como Ramón Fernández, dos doctrinas que desarrollan la vinculación de la administración al orden jurídico – lo cual nos parece necesario, aludir- por un lado, se presenta la doctrina de *la vinculación negativa*<sup>41</sup>, y, por el otro, *la vinculación positiva*<sup>42</sup>. La primera reconoce

---

<sup>39</sup> Ibíd. 439, 440

<sup>40</sup> Ibídem.

<sup>41</sup> ENTERRÍA Y FERNANDEZ, reconocen en la sujeción negativa al principio de legalidad, lo que ellos llaman los efectos nefastos del principio monárquico que siempre trata de resurgir en todos los momentos, junto con una interpretación heterodoxa de la división de los poderes, que vincula al ejecutivo al poder parlamentario pero no al control jurisdiccional. Estos autores entienden por *principio monárquico*, la posición que pretende explicar y justificar en la condición del monarca como jefe del ejecutivo un principio de libertad autonómica en la organización y en el funcionamiento de la administración, que la liberaría de su dependencia de la Ley, postulada por el principio democrático y por la doctrina genuina de la división de los poderes. Teniéndose al jurista Frederick Julius Stahl como aquel reaccionario contra la doctrina. Ob. Cit. Léase: Pág. 444, 445

<sup>42</sup> Ibídem. En sentido contrario, la vinculación positiva al principio de legalidad- entienden ENTERRIA Y FERNANDEZ que fue el Kelsenismo y especialmente en el campo administrativista Adolfo Merkl, quienes atacaron la explicación tan deficiente de la sujeción negativa al principio de legalidad de la administración. La doctrina Kelseniana- nos dicen estos autores- parte en admitir que un poder jurídico se desarrolla en función de una atribución normativa precedente, quedando tanto la actividad privada y del sector público, incluyendo la potestad discrecional, sujeta a una atribución anterior dada por las normas, así se explica que la discrecionalidad o el ejercicio de un poder autonómico, solo es posible en razón de una norma precedente y no por la existencia de un atributo o cualidad personal de cualquier sujeto. El maestro austriaco Kelsen se referirá que la discusión de la tricotomía (ejecutivo, legislativo y judicial) resulta ser en últimas una dicotomía, pues existe una *legis latio* (creación de la leyes – *leges*), donde actúa el legislador y una *legis executio* donde el ejecutivo y judicial, se encargan de ejecutar las normas generales (Constitución y ley). Entendiendo Kelsen que el ejecutivo es subdividido en dos funciones diferentes, las llamadas políticas y

que existirá discrecionalidad en el hecho de no existir normas que desarrollen un asunto en concreto, la segunda, por el contrario, considerará algo más afortunado para las garantías de los administrados y la conservación de la unidad del sistema, para esta postura, sólo habrá discrecionalidad cuando la ley, expresamente la constituya, fundamento que es apropiado, además de certero en cuanto, que es de reconocer que tanto las potestades regladas como discrecionales provienen del ordenamiento jurídico<sup>43</sup>.

Acogiéndose a la doctrina de la vinculación positiva - sostienen los autores que venimos tratando- que Merkl realiza una observación difícil de discutir, en cuanto que el autor

---

administrativa, (designándose en la terminología francesa y alemana a las primeras “gobierno” en un sentido estricto). Kelsen afirmar al respecto- *“a la primera se refieren usualmente ciertos actos que tienden a la dirección de la administración y que, por tanto, son políticamente importantes. Tales actos son realizados por los órganos administrativos de mayor jerarquía, como el jefe del Estado y los jefes de los diversos departamentos administrativos. Estos actos son también de ejecución; a través de ellos son ejecutadas igualmente normas jurídicas generales. Muchos de estos actos se dejan en amplia medida a la discreción de los órganos ejecutivos”*- recalcando-*“pero ninguna suma de discreción puede privar a un acto del poder ejecutivo de su carácter de acto de ejecución del derecho. En consecuencia, los de los órganos ejecutivos de mayor rango, son también actos a través de los cuales se ejecutan normas jurídicas de carácter general”* por esas razones el maestro Kelsen señalara que la división del poder ejecutivo en función gubernamental (política) y función administrativa tienen un carácter más bien político que jurídico. Pudiéndose designar desde el punto de vista jurídico al poder ejecutivo con el nombre de administración < *de este modo, las funciones del Estado resultan ser idénticas a las funciones esenciales del derecho, lo que se expresa en la distinción entre los tres poderes del Estado, es la diferencia entre creación y aplicación del derecho*>. Véase. KELSEN, Hans. Teoría General del derecho y del Estado. Universidad Nacional Autónoma de México. 5ª Reimpresión, 1995. México. Pág. 303, 304

<sup>43</sup> Ibíd. Pág. 438, 439. en páginas siguientes (442, 443). Señalan los tratadistas españoles que la administración cuenta con *poderes reglados, o de mera aplicación legal automática* (una liquidación tributaria, jubilación de un funcionario por edad) y con *poderes discrecionales “en cuyo ejercicio utiliza criterios de apreciación que no están en las leyes y que ella sola es libre de valorar (por ejemplo el nombramiento o la remoción de un cargo de libre designación o la decisión de construir o no una carretera, para seguir con el ejemplo anterior)*. Sobre estos últimos poderes, -afirman que- *“la existencia de poderes discrecionales es inexcusable para el funcionamiento de la Administración y su presencia marca resueltamente lo más importante de la acción administrativa; y de ahí que tales poderes se caracterizarían justamente por su libertad, por su exención respecto de la ley”*. Mencionan- que en otros idiomas los términos reglado- discrecional son más expresivos. Así en Francés el poder reglado se llama *lié*, o vinculado, lo que deja suponer que el término opuesto se caracteriza por estar exento de vinculación. *“En alemán, la discrecionalidad se designa <freie ermessen>, libre apreciación, literalmente, lo que igualmente alude a una libertad de principio, a una ausencia de vínculo legal. La discrecionalidad sería así la expresión de una libertad absoluta de determinación, radicada en el cetro mismo de la personalidad administrativa, en su autonomía personal (A. HAURIOU), caracterización donde desaparece la nota originaria de una actividad administrativa limitada a la mera ejecución legal”* – Resaltan Enterría y Fernández- *“lo cual, bien entendido, no sería una simple toma de posición en el plano teórico, sino que es una concepción que apareja las más graves consecuencias prácticas. La administración podría hacer <no meramente aquello que la ley expresamente le autorice, sino todo aquello que la ley no prohíbe (MEYER-ANSCHÜTZ)*. Más en particular; *habría de entenderse que la administración puede usar de su discrecionalidad, esto es, de su libre autonomía, en todos aquellos extremos que la Ley no ha regulado. La discrecionalidad operaría así en el gesetzesfrei Raum, en el espacio libre de la ley”*- Concluyendo- *“es fácil valorar la enorme distancia que separa esta concepción y sus radicales consecuencias de régimen de los fundamentos y fórmulas originarias que en la Revolución francesa, por la idea de la legalización necesaria de toda autoridad y de toda competencia pública, había lanzado el tema del principio de legalidad administrativa”*

alemán refiere que el proceso de producción normativa es *legis executio*, de tal manera que al provenir toda la producción de las normas de una norma fundamental, y la administración al hacerse parte de este proceso productivo (*legis executio*), está sometida en su actuación a la existencia de una ley previa (*legis latio*). De esa manera la administración tanto en conjunto como de cada acción administrativa está condicionada por la existencia de un precepto jurídico-administrativo que admita su realización, llegándose a la somera conclusión que la predeterminación de un precepto normativo supedita la legitimidad de la acción del Estado-

*“El principio de legalidad de la administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima”.*<sup>44</sup>

De lo anterior, culminan los autores estableciendo que el sometimiento y la fundamentación de todo el accionar del Estado al principio de legalidad<sup>45</sup> es una decisión política fundamental con valor súper-constitucional.<sup>46</sup>

Teniendo presente que la sujeción positiva a la legalidad atribuye de manera predeterminada potestades a la administración, está deberá actuar conforme a lo supeditado en la norma general, significando que toda acción administrativa es un ejercicio de un poder otorgado previamente por ley, delimitado y construido por ella misma. Este tipo de sujeción positiva quedará fundado en el estado de derecho implicando que sin una atribución legal previa de potestades la administración no puede actuar, bien sea reglada o discrecionalmente, ya que ambas deben su existencia a la predeterminación legal. Por eso que se perfile el concepto de potestad a partir del contraste dialectico con el derecho subjetivo, que surgen de las relaciones jurídicas que tranzan los sujetos de derechos, mientras aquellas nacen desde el ordenamiento jurídico.

Mientras los derechos subjetivos se forjan de la determinación de un obligado, de la existencia misma de un derecho-reflejo, o en términos de Luigi Ferrajoli, de un correlato obligacional, en la cual aparece un sujeto en relación jurídica que está obligado frente a otro que ostenta el derecho<sup>47</sup>, las potestades administrativas provienen de la ley en sentido amplio, de la sujeción al principio de legalidad por parte del Estado-Administrador, y del margen de acción que la misma

---

<sup>44</sup> Ob. Cit. Pág. 446

<sup>45</sup> Aunque en la distinción entre hecho y acto administrativo habrá un punto de distinción de la sujeción absoluta de la acción de la administración a la legalidad, ya que los *hechos administrativos* son una manifestación fáctica de la administración, son un acontecer, una producción material más que intelectual mientras que los actos serán una declaración de la administración que se supedita a la existencia de una norma previa, pudiéndose señalar que los hechos administrativos no gozan de presunción de legitimidad, pues no existen normas positivas que así lo establezcan. Ver: DROMI, José Roberto. Acto administrativo, Ejecución, suspensión y recursos. Ed. Macchi. 1973. Argentina. Pág. 15, 16

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> FERRAJOLI, Luigi. El fundamento de los derechos fundamentales. Ed. Trotta. 4ª ed. Madrid, 2009. Pág. 28,29

ley confiera a la administración, sin esperar que se trance relación jurídica alguna entre sujetos<sup>48</sup>, pero sin que eso indique que el Estado no pueda gozar de derechos subjetivos.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Pero aunque las potestades administrativas provengan del seno del ordenamiento jurídico, es posible sostener que el Estado como persona jurídica que es, gesta relaciones jurídicas con particulares, entidades supranacionales u otros Estados, adquiriendo verdaderos derechos subjetivos, pues, existen frente a los derechos de los Estados, sujetos obligados, bien sean particulares, otros estados, multinacionales o entidades supranacionales, manifestándose un correlato obligacional o un derecho-reflejo. Véase el caso del tesoro de las Mercedes: En 1804 la fragata española nuestra señora de las mercedes, se hundió en el océano atlántico (Portugal), en el año 2007 la empresa Odyssey Marine Exploration, rescató del mar medio millón de monedas en oro y plata de la fragata hundida (aprox. 500 millones de dólares), la empresa interpuso demanda ante el tribunal de florida, pero el 17 de febrero de 2012, el tribunal reconoció que España podrá acceder al tesoro y luego sacarlo de Florida. Noticia tomada del portal periódico el tiempo: [http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW\\_NOTA\\_INTERIOR-11159102.html](http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-11159102.html).

En cuanto a los derechos subjetivos del Estado ya el maestro alemán Kelsen sostuvo en su obra traducida al castellano por el mexicano Ulises Schmill Ordoñez, titulada *“problemas capitales de la teoría jurídica del Estado desarrollados con base en la doctrina de la preposición jurídica”*, la existencia de dos tipos de subjetivación del derecho objetivo, la primera determinada por la creación de un *deber jurídico*, consistente en que los ciudadanos deben actuar conforme a derecho, y la segunda originada en los derechos subjetivos. Existiendo tres tipos de estos últimos: i) un derecho subjetivo del Estado; ii) un derecho subjetivo en contra del estado, ejercido por los súbditos; y iii) un derecho subjetivo frente a los demás. Frente a la doctrina Kelseniana de los derechos subjetivos nos dice el profesor Diego Medina Morales, que Kelsen mantuvo siempre la identidad conceptual entre derecho y Estado, identidad representada en el mundo del *deber ser*, pero que resulta paradójico, que en la obra del alemán del año 1911 *<hauptprobleme der staatsrechtslehre entwickelt aus der lehre von reschtssatz>*, utilizara la denominación derechos subjetivos del estado y derechos subjetivos contra el Estado. Según este autor- Kelsen reconoce que en general el derecho subjetivo es el reflejo de la obligación jurídica de otro, de respeto a esa esfera o ámbito de otro, que no debe ser vulnerado, resultando *ser el derecho subjetivo el reflejo del orden jurídico*. – Nos cuenta además que Kelsen- considera como forma subjetiva de manifestación de la norma jurídica, *el deber jurídico subjetivo*, recibiendo el nombre de norma jurídica subjetivada, conduciendo a que el Estado entre en esta relación, y resulte ser otra persona en el terreno de lo jurídico, aunque sus órganos no puedan ser reconocidos como sujetos de derechos. En Kelsen-afirma Medina- el deber jurídico, es una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo. Que el derecho subjetivo aparece revestido de la misma formalidad sustancial que el derecho objetivo. Léase: MEDINA MORALES, Diego. “Los derechos subjetivos del Estado y los derechos subjetivos contra el Estado”, Pág. 141, 142, en: RAMOS PASCUA, J.A. Y RODILLA GONZALEZ, M.Á. (editores). El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto. Ed. Universidad de Salamanca. España, 2006. El punto trascendental en este debate para reconocer que el Estado goza de derechos subjetivos, postura que acogemos, nos la da Kelsen de manera simple, el derecho subjetivo no depende del sujeto que goza del derecho, sino del deber jurídico, es decir del sujeto obligado, de esa manera el estado gozaría de derechos subjetivos en la medida que los particulares están subordinados al cumplimiento de un deber jurídico, para con el Estado, deber construido en la norma jurídica, por eso el Estado espera que los subordinados no efectúen actos antijurídicos contrarios a derecho, esto conforme lo enseña Medina refiriéndose a Kelsen es un derecho subjetivo en cabeza del Estado, en términos simples el derecho subjetivo del Estado consistiría en esperar que no existan actos antijurídicos por los administrados y actuar cuando se presenten. En palabras de Medina- el maestro alemán al no estar de acuerdo con la diferenciación entre derecho público y privado del derecho romano, reconoce la existencia de dos tipos de normas jurídicas: una, en sentido amplio y otra, en sentido estricto, la primera, construye el deber jurídico del Estado, y las segundas construye deberes jurídicos de los súbditos. -Kelsen, nos advierte el profesor Medina-, sostiene que no es posible dividir normas jurídicas que regulen derechos subjetivos del estado y normas que regulen los derechos subjetivos de las demás personas, por el contrario, en tanto que

Como producto del contraste dialectico ENTERRIA Y FERNANDEZ conciben a la potestad como una *figura jurídica subjetiva creada por la ley*, ven estos autores en SANTI ROMANO quien con más rigor ha pretendido dar un concepto de potestad, partiendo del contraste con el derecho subjetivo. Para los tratadistas ambas figuras son especies del genero poderes jurídicos, entendidos de manera general como facultades de querer y obrar dadas por el ordenamiento a los sujetos, pero entre ambas figuras surgen diferencias como las siguientes: mientras el derecho subjetivo surge de una relación jurídica concreta, construyéndose de un deber a un sujeto pasivo, entendido como el obligado, la potestad no se gesta en una relación jurídica, ni en pactos, ni en negocios, sino que procede directamente del ordenamiento, no recayendo sobre un objeto en específico, sino por el contrario, poseyendo un contenido general, un ámbito de actuación definido en grandes líneas, consistiendo por lo tanto en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, pudiendo hasta surgir relaciones particulares<sup>50</sup>.

El jurista argentino MARIENHOFF, advierte que no debe confundirse poder con potestad, ya que poder es lo genérico, es el atributo del Estado- lato sensu y la potestad es lo específico, es el ejercicio particularizado de éste, de manera, que estas *potestades “constituyen un reflejo cualificado del poder general del Estado”* no pudiendo renunciarse a ellas.<sup>51</sup>

JUAN CARLOS CASSAGNE reconoce de igual manera que el concepto técnico de potestad se obtiene de la distinción con el derecho subjetivo<sup>52</sup> (esto es por la influencia del pensamiento

---

la construcción de la relación jurídica, que rige como derecho subjetivo, no se atiene al sujeto del derecho, sino al sujeto del deber a que el derecho subjetivo tiende, sólo debe hablarse de la existencia de una norma jurídica. Queda claro, que en los términos anteriormente expuestos, sí, podríamos hablar de derechos subjetivos del Estado, partiendo de la postura del sujeto obligado como elemento determinante del derecho subjetivo, presentándose que el Estado espera de los súbditos el cumplimiento del deber jurídico, forma subjetiva de la norma objetiva.

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décimo tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006. Pág. 447

<sup>50</sup> Ibíd. Pág. 448. Al respecto manifiestan los autores- (...) *“en fin, a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos (normalmente de un círculo de sujetos) a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad; esa sujeción puede ser para esos sujetos ventajosa (si del ejercicio de la potestad deriva para ellos un beneficio), o desventajosa (si de la potestad surge para ellos un gravamen, sería la sujeción estricto sensu o por excelencia), o indiferente (si no llega a afectar a su esfera jurídica), pero en ningún caso implicará un deber o una obligación, los cuales podrán surgir eventualmente de la relación jurídica que el ejercicio de la potestad es capaz de crear, pero no del simple sometimiento a la potestad misma”*

<sup>51</sup> MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1982. Pág. 264, 265.

<sup>52</sup> Para este tratadista argentino la obtención del término técnico de potestad se logra diferenciándolo con el de derecho subjetivo, aunque, tanto las potestades y los derechos tengan la particularidad de pertenecer al género de los poderes públicos- nos dice- (...) *“la potestad estatal consiste, en consecuencia, en un poder de actuación que ejercitándose de acuerdo con el ordenamiento jurídico puede generar situaciones jurídicas que obliguen a otros sujetos (...) si las potestades tienen su origen en el ordenamiento jurídico, se requiere, por aplicación del principio de legalidad, que una norma previa la configure y la atribuya. Por tal razón, se originan en ley material y son inalienables, intransmisibles o irrenunciables”* (...) (...) *“como un principio básico de la actual concepción del Estado de Derecho, debe tenerse en cuenta que no obstante el hecho de que las potestades administrativas traducen situaciones ordinarias de ejercicio del poder público, ellas no*

español) , pero se aproxima al concepto técnico de **potestad** a partir de la diferencia con los conceptos de **función y cometido**, en la premisa inicial sostiene que las funciones estatales esenciales son la administrativa, legislativa y la jurisdiccional, de modo que, el obrar del Estado desde un punto de vista material se forja en una división de la actividad estatal en sus grandes lineamientos provenientes del régimen jurídico operante. **Función** es una actividad estatal genéricamente considerada, y al descenderse de la escala genérica a la actividad concreta o tarea asignada se presenta el **cometido**. El profesor Cassagne refiere que para que la administración cumpla con esos fines y cometidos, requiere de poderes, que técnicamente se denominan **potestades**<sup>53</sup>.

Recapitulando hasta aquí, las potestades de la administración al provenir previamente de la ley incluye que no pueda atribuírsele a la administración una potestad a mutuo propio. La existencia misma de la potestad administrativa se soporta en la necesaria condición de *pre-configuración legislativa*; la potestad es un ejercicio específico del poder público por parte de la administración, siendo éste su limitante y fundamento; el poder público es su base o sustento existencial, pero también será su limitante, toda vez que el poder público esta predeterminado por la consecución de unos fines, de no ser así, la potestad administrativa en general, se tornaría en arbitraria e irracional, afectando los principios de unidad y legitimidad.

Por regla general se considera que la potestad administrativa debe provenir exclusivamente de la ley (en sentido formal), pero, por el fortalecimiento del poder reglamentario en cabeza del ejecutivo se le ha dotado de competencia para expedir normas de contenido general<sup>54</sup>, dándose la técnica de *auto atribución de potestades*, por la cual la propia administración se auto-atribuye potestades, auto-habilitándose con poderes para el cumplimiento de los cometidos y las funciones propias. Al respecto ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ sostienen en cuanto a la **auto-atribución de potestades** que a través de esta técnica la administración se *auto atribuye potestades*, se auto habilita para una acción más absorbente y compleja, siendo el principio de reserva de ley la única garantía<sup>55</sup> para que dicha actividad no termine en abuso<sup>56</sup>.

---

*pueden ser absolutas e ilimitadas sino razonables y justamente medidas y tasadas en su extensión por el propio ordenamiento jurídico, que acota sus límites y precisa su contenido*". CASSAGNE, Juan Carlos. Tratado de derecho Administrativo. Tomo I. 7ª Ed. Ed. Abeledo -Perrot. Argentina.2002. Págs. 116, 117, 118.

<sup>53</sup> Ibíd. Pág. 116-120

<sup>54</sup> En Colombia expuestas en la potestad reglamentaria (art. 189-11), la habilitación legislativa dada por el legislador a través de leyes de facultades extraordinarias al ejecutivo con el fin que expida normas con fuerza de ley (Art. 150-10) y la posibilidad de expedir decretos legislativos en los estados de excepción (art. 214

<sup>55</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décimo tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006. Pág. 453 Refieren a su vez que- *""a esta técnica la doctrina francesa le ha asignado un nombre propio, el principio del Réglement préalable, del reglamento previo, que no es más, en rigor, que una especificación a una hipótesis muy concreta del principio más amplio de la legalidad"*

<sup>56</sup> MANUEL FERNANDO QUINCHE Y FRANKY URREGO juristas colombianos, sostienen que en los países latinoamericanos ha reinado un sistema hiper-presidencialista el cual se soporta en un excesivo aumento del poder presidencial y un limitado control constitucional sobre los decretos del presidente, entre los que se cuenta los decretos de contenido legislativo ( decretos legislativos, decretos con fuerza de ley) decretos de contenido administrativo ( decretos reglamentarios, decretos estatutarios regulares, decretos marco, decretos de corrección de yerros, decretos ejecutivos) y los decretos atípicos (decretos compiladores,

La necesaria predeterminación legal<sup>57</sup> (atribución y auto-atribución) invita que el otorgamiento sea expreso y específico de la potestad. Expreso, en cuanto que la atribución de la potestad más allá de su rigor explícito y formal, debe conducir a ésta de manera cerrada (reglada) o abierta (discrecional); se ha llegado a pensar que en la potestad reglada el verbo rector (deberá) contenido en la norma reduce a una única solución (ya contemplada previamente en la norma) la acción de la administración, caso contrario, en la potestad discrecional reconocida por el verbo (podrá) el cual permite actuar a la administración en un margen amplio de decisión (pues, esta no ha sido determinada de manera previa en la norma), a razón de reconocerse dos momentos del fuero exclusivo de la administración, no controlable por el juez administrativo: la conveniencia y la oportunidad. La especificidad, como segunda condición, se refiere que el otorgamiento de los poderes no pueden ser indeterminados, absolutos e ilimitados, de contemplarse esta idea, sería una total contradicción con el principio de negación de poder absoluto implícito en el Estado de Derecho<sup>58</sup>, traducido en la relación de equilibrio entre autoridad y respeto de las garantías; siendo, precisamente, los derechos y garantías las barreras infranqueables del poder público, en donde su ejercicio y *tasación* se somete al principio de mensurabilidad<sup>59</sup> (art.6 CN), entendiéndose por tal,

---

decretos estatutarios irregulares, decretos orgánicos, decretos administrativos con vocación legislativa y los “demás que inventa el presidente”, se refieren, que este aumento de las potestades del presidente ha debilitado el principio de reserva de ley y el control jurisdiccional, ayudado por las corrientes de la “deslegalización”, el “blanqueo” y la elusión constitucional. QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando y URREGO ORTIZ, Franky. Los decretos presidenciales en el sistema Normativo. Ed. Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 2011. Pág.35-64

<sup>57</sup> Al respecto los autores se refieren a la atribución expresa y los poderes inherentes o implícitos, queriendo señalar que por regla general la atribución de la potestad debe ser expresa, , requiriéndose un otorgamiento positivo sin el cual la administración no puede actuar (lege silente), pero requiere esta doctrina ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícito entendiendo por tal el poder que tienen la administración a partir de la interpretación de las normas más que sobre el texto directo de la misma. Nos dicen que la doctrina proviene del derecho público anglosajón, como en el derecho constitucional, pasando este principio al derecho internacional . Explican Enterría Y Fernández, que <la inherencia o la implicación han de deducirse, no de ninguna imagen ideal o abstracta de unos supuestos poderes normales administrativos (imagen que arruinaría la exigencia de la legalidad en su función habilitante), sino de otros poderes expresamente reconocidos por la ley y de la posición jurídica singular que ésta construye, como poderes concomitantes de tales, o de tal posición o, incluso, como filiales o derivados de los mismos (poderes incluidos en otros o derivados)> Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décimo tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006. Pág. 454

<sup>58</sup> Ibíd. pág. 454, 455. Para GARCIA DE ENTERRIA Y RAMON FERNANDEZ este es un argumento intersubjetivo, existiendo otros dos: la especificidad consiste en una pura técnica organizativa, ya que en la medida de que aumenta una organización está se fundamenta en la distribución de funciones y competencias en determinados órganos, por consiguiente, no puede haber un órgano que posea todas las competencias; Otro argumento, se sustenta en el ethos de la libertad aporte de la ilustración al régimen constitucional, el cual consiste en que la libertad y la igualdad giran en torno a la existencia previa de la ley, así, la idea es que la administración goce de potestades concretas preestablecidas por la ley, ya que de gozar de un poder general e indeterminado, nos estaríamos devolviendo a un poder absoluto.

<sup>59</sup> Ibíd. Pág. 456. Para los tratadistas españoles el principio de tasa o mensurabilidad de las competencias es un principio del estado de derecho contemporáneo “ *que deriva de su condición de Estado que reconoce los derechos ajenos y no sólo los propios, de su carácter de complejo organizativo con una necesaria distribución de funciones y de competencias entre órganos diversos, de su reconocimiento, más o menos intenso o*

la prohibición de potestades absolutas, ilimitadas e indefinidas, por los límites estipulados en el ordenamiento jurídico.

De ese modo, la ley o bien señala detalladamente las condiciones de ejercicio de la potestad, construyendo un supuesto legal completo, o por el contrario, la ley determina que el ejercicio de la potestad se remita a la estimación subjetiva de la administración, completando ésta el supuesto de hecho a través de un criterio volitivo, sin apartarse de las exigencias de explicitud y especificidad<sup>60</sup>, a la primera condición se adecua la potestad reglada, y a la segunda la potestad discrecional.

Para la doctrina de la Divergencia (*en la cual como abra notado el lector ubicamos al maestro García de Enterría, como más importante exponente*), cuando la administración actúa reglamentariamente ejercer un acto de constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa, realizando un proceso aplicativo de la ley, alejando todo juicio subjetivo, no exigiéndose mayor esfuerzo interpretativo de la ley, lo que quiere decir, que realiza un proceso de *verificación y constatación*. Presentándose un proceso distinto en el ejercicio de la potestad discrecional, ésta se soporta en un elemento sustancial diferente, debido a que se incluye en el proceso de aplicación de la ley una estimación subjetiva de la propia administración (oportunidad y conveniencia), necesaria para aplicar con todo sentido la ley.

Reconocen ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ que esta estimación subjetiva no puede entenderse por una facultad extra-legal, que provenga de un poder originario de la administración del tipo que representaba la sujeción de tipo negativo al principio de legalidad, por el contrario, la facultad de estimación está dada por la misma ley que ha configurado la potestad, de acuerdo a ello, -entienden estos tratadistas-, que la discrecionalidad no puede ser concebida como una libertad de la administración frente a la norma, sino es un tipo de remisión legal, por el cual se autoriza a la administración para en cada caso en concreto completar “*el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio*”<sup>61</sup>

---

*auténtico, pero sin excepciones hoy, siempre explícito, de un orden de derechos y libertades fundamentales del ciudadano. No hay, pues, poderes administrativos ilimitados o globales; todos son, y no puede dejar de ser específicos y concretos, tasados, con un ámbito de ejercicio lícito (agere licere), tras de cuyos límites la potestad desaparece pura y simplemente”*. En Colombia la Corte constitucional se ha referido en varios pronunciamientos al principio de mensurabilidad. Véase sentencia: Corte Constitucional C-318 de 1995. MP. Alejandro Martínez Caballero. En la cual se estudia la constitucionalidad del artículo 168 de la ley 65 de 1993, por la cual se determina el concepto de estado de emergencia carcelaria facultando al director del INPEC realizar actividades discrecionales en presencia de dicho estado. Declarando el tribunal constitucional exequible la norma, pero entendiendo que toda potestad administrativa está influenciada por el respeto al principio de mensurabilidad, que significa no ser ilimitado, absoluto y arbitrario. También puede consultarse sentencia T-706 de 1996; C-271 de 1998; T-928 de 2004, [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)

<sup>60</sup> Enterría. Ob. Cit, Pág. 458,459 dicen los autores- “*bien puede en cuanto a la integración última del supuesto de hecho (por ejemplo: construcción de una obra pública, ascensos o designaciones electivas de funcionarios o de cargos), bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable (por ejemplo: fijación del quantum de una subvención, determinación del contenido de la norma reglamentaria, del plan urbanístico), bien de ambos elementos”*

<sup>61</sup> Distinguiéndose de la remisión por vía normativa general, toda vez que en la discrecionalidad procede un elemento de remisión analítico, lo que entienden los autores es un análisis de caso por caso, una apreciación



Explica JUAN CARLOS CASSAGNE recordando las enseñanzas del maestro HAURIOU no hay poderes reglados ni discrecionales puros, a lo sumo existe un poder discrecional en la administración para apreciar la oportunidad de las medidas administrativas, lo que implica que en últimas las potestades regladas no son ajenas aunque sea al mínimo nivel de interpretación de la norma por parte de la administración, así, como la discrecionalidad de la administración no puede ser absoluta, por eso la libertad de decisión de la administración no es absoluta sino relativa en cuanto que en la discrecionalidad administrativa se conjugan elementos reglados<sup>62</sup>.

Frente a la existencia de elementos reglados en la potestad discrecional ENTERRÍA- FERNÁNDEZ señalan que la discrecionalidad pensada como libertad de apreciación por parte de la administración solo puede referirse a algunos elementos, nunca a todos, debido a que la discrecionalidad no consta en la totalidad de los elementos del acto como resultado de la potestad, pues existen cuatro elementos reglados por ley en toda potestad discrecional: el primero, hace referencia a la existencia misma de la potestad; el segundo a su extensión, a la limitación en extensión de la potestad que no podrá ser absoluta e ilimitada; el tercero, en cuanto a la competencia para ejercer la potestad a un ente y dentro de este a un órgano determinado, que no puede ser cualquiera sino el que ha definido con anterioridad la ley; y cuarto, al fin, en la medida que el ejercicio de la potestad y la producción de un acto persigue una finalidad específica, que no es otra que las finalidades públicas. Además de estos, pueden existir otros elementos reglados de manera eventual: -a) tiempo u ocupación de ejercicio de la potestad; b) forma de ejercicio; c) fondo parcialmente reglado (por ejemplo: la facultad de elección de personas dentro de ciertas categorías, determinación discrecional de un quantum pero dentro de determinadas magnitudes.

Por eso para estos tratadistas-

***“el ejercicio de la potestad discrecional es un compositum de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la administración ejecutora”<sup>63</sup>***

No siendo suficiente la existencia de elementos reglados en la discrecionalidad, por inscribirse exclusivamente un control jurisdiccional al cumplimiento y constatación de estos, desembocando en un control de forma, la posición de la de la divergencia manifestará – como pasaremos a ver a continuación –que en la doctrina alemana se construirá la teoría de *los conceptos jurídicos indeterminados* para lograr un control de la discrecionalidad, específicamente hablando del aspecto subjetivo de la administración.

Las divergencias de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa, partirán de una relación recíproca y antagónica entre ambas figuras, pues, como sostuvimos anteriormente, la transpersonalización del poder trajo consigo la conjugación del poder con el

---

de circunstancias singulares, realizable a la vez que precede al proceso aplicativo. Ver: Enterría, Ob. Cit, Pág. 460

<sup>62</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. “La discrecionalidad administrativa”. Pág.8 Tomado siguiente enlace: <http://www.cassagne.com.ar/ingles/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf>

<sup>63</sup> Enterría. Ob. Cit. Pág. 461

control, en este caso, el poder discrecional con su control de forma que opera a través de los elementos reglados y su control de fondo que implica los conceptos jurídicos indeterminados.

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA en el año de 1962 en su obra “La Lucha Contra las Inmunidades del Poder” referirá que son los actos discrecionales, los actos políticos y los actos normativos o reglamento, tres escenarios de inmunidad jurisdiccional evidentes en el régimen jurídico español de 1956 (que desaparecerían con la legislación contenciosa de 1998 y el principio de proscripción de la arbitrariedad contenido en el artículo 9.3 de la constitución española).<sup>64</sup> Para el autor, estos escenarios permitían a la administración dotarse de un margen de arbitrariedad que no era dable en el estado de derecho y la democracia.

Sostendrá en su momento en cuanto a la discrecionalidad administrativa como zona de inmunidad jurisdiccional, que en la ley de lo contencioso de 1956 se establecía la eliminación pura y simple de la posibilidad de ser enjuiciados todos los actos discrecionales, debiendo el juez abstenerse de enjuiciarlos, por eso sostendrá que es deber iniciar una lucha frontal contra la inmunidad del poder, postura que a la postre van a ser recogida en el texto constitucional español de 1978 bajo el principio de la proscripción de la arbitrariedad.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> El artículo elaborado por el español EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA “*la lucha contra las inmunidades del poder*”, se publicó en el número 38 de la revista de la administración pública en 1962, en vísperas de la ley de la jurisdicción contenciosa-administrativa de 1956 Y gran parte de la doctrina estipulada en el artículo fue acogido por la constitución democrática española de 1978, tal como lo afirma el mismo autor- el artículo 9.3 proclamó como principio constitucional “*la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”, el artículo 24 incluyó en la tabla de los derechos fundamentales “el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”, el artículo 106 incluyó la función contenciosa-administrativa en la organización judicial, precisando que “los tribunales controlan la potestad reglamentaria y legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”; el artículo 117.3 consagró como una función jurisdiccional estricta “*juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*” “*en todo tipo de procesos*”- recalcando el autor- “*lo que excluye, por tanto, el viejo privilegio de la inmunidad administrativa ante las ejecuciones judiciales*” (...) Al reconocerse que las inmunidades del poder contenida en la ley de la jurisdicción de lo contencioso Administrativo Española 1956 habían quedado derogadas por la constitución española de 1978 y la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa del 11 de julio de 1998. El autor señala en el prólogo a la edición peruana de esta obra lo siguiente- “*de este modo, el tono polémico original de este librito hoy, entre nosotros, podría decirse, su oportunidad ante la recepción explícita que de sus tesis han hecho la constitución y la legislación española más reciente y en cualquier caso (cuando se puras técnicas, como en el supuesto de las técnicas de “reducción de la discrecionalidad, o respecto al valor normativo directo de los llamados “principios generales”) por la jurisprudencia, hoy ya resuelta en esta línea*”. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Ed. palestra, 2004. España. *Prólogo a la edición Peruana*. Pág. 10, 12, 13.

<sup>65</sup> En la obra *democracia, jueces y control de la administración*, García de Enterría señala lo siguiente: “*la cuestión del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración es un tema clásico de la teoría del Derecho. Está en los orígenes mismos del derecho Administrativo y cada época ha ido dejando en él la huella de sus propias reflexiones teóricas (...) Más aún: hay quien piensa, lisa y llanamente, que ese es, justamente, el tema central del derecho administrativo. El gran iuspublicista americano Bernard Schwartz lo expresa crudamente así: < verdaderamente, ¿ de qué trata el Derecho Administrativo si no es del control de la discrecionalidad*”. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la administración*. Ed. Civitas. 5ª edición ampliada. Madrid, 2000. Pág. 31

De la complejidad y estructura teórica que siempre muestra en sus obras el maestro español, se logra establecer la necesidad de lograr un control de fondo de la potestad discrecional; por eso sostendrá, que, sí, es posible el control material de la discrecional, y no tan sólo formal por donde transitaba la tesis de la desviación del poder<sup>66</sup>, este necesitado control se lograría a gracia de tres instituciones: los hechos determinantes, los principios generales del derecho y los conceptos jurídicos indeterminados<sup>67</sup>.

Para la doctrina de la divergencia, la relación entre ambas figuras consistirá, en ese plus- *si se admite decirlo así*- del control de fondo que se lograra por los conceptos jurídicos indeterminados, pues, como veremos en el capítulo siguiente, no solo se registrará un control de la discrecionalidad a través del reconocimiento del principio que rechazaba la discrecionalidad absoluta<sup>68</sup>-, argumentado la presencia de elementos reglados en toda discrecionalidad, lo que implicaba afianzar la tesis Kelseniana de la vinculación positiva a la ley, o el reconocimiento del *FIN* como elemento reglado de la discrecionalidad lo que conducía al reconocimiento de un camino por el cual *debía* transitar la administración, o lo que era lo mismo, que la oportunidad y conveniencia de la administración estaba sometida al principio de la prevalencia del interés público<sup>69</sup>, encausándose la pretensión de anulación a través de la desviación del poder.

La causal de desviación de poder, se constituyó en la punta de lanza para conducir procesalmente la pretensión de control de la actuación discrecional de la administración, pero al ser su sustento

---

<sup>66</sup> Refiere el maestro Enterría que una vez en el mismo país de origen (Francia) se da una cierta pérdida de esperanza sobre las figuras de reducción, y en especial sobre la desviación del poder, el derecho trazó derroteros auxiliares, que abrieron caminos más próximos a un *“control sustancial del poder discrecional”*, por medio del control: i) de los hechos determinantes; ii) control por los principios generales del derecho; y por último, iii) un control que se lograba a través de los conceptos jurídicos indeterminados. Por su parte, el profesor JAIME VIDAL PERDOMO, refiere a la desviación de poder como causal de anulación de los actos administrativos, que mientras el motivo es la circunstancia de hecho que da origen al acto, el móvil es el deseo que inspira al autor, bajo esa premisa dialéctica la desviación de poder se sustenta en el móvil, y como éste es un propósito íntimo, eminentemente subjetivo “muchas veces no alcanza a manifestarse en hechos exteriores”, por ello, que sea difícil establecer esta causal de anulación. VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. 13ª ed. Ed. legis. Bogotá- Colombia, pág.596, 597

<sup>67</sup> Señala Enterría: *“pretender oponer, como alguna vez se ha intentado, a las exigencias del control, en sus varias aplicaciones (político, presupuestario, legal o jurídico, preventivo, sucesivo) la necesidad de un desembarazo de los gobernantes para poder actuar con eficacia, resulta en la situación actual de la democracia, a la que nos hemos referido en los anteriores apartados, una completa ingenuidad. La famosa eficacia, si pretendiese hacerse a costa del Derecho y como una alternativa al mismo, no es más que la fuente de la arbitrariedad, como enseña la experiencia humana ya más vieja y hoy vívidamente renovada”* Enterría. Democracia, jueces y control de la administración. Pág. 113

<sup>68</sup> Enterría. Ob. Cit. Pág. 34 *“El conseil d’Etat no recogió, sin embargo, esta tesis hasta 1902, con el famoso arrêt Grazietti (...) donde por primera vez se dijo: “Il n’y a pas d’actes discrétionnaires; il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l’administration, qui se retrouve plus ou moins dans tous les actes”*. Lo que traduce: no existen actos discrecionales, existe una cierta discrecionalidad a la administración, que es más o menos en todos los actos.

<sup>69</sup> Enterría. Ob. Cit. Pág. 36 Nos dice Enterría: *“en efecto, las autoridades administrativas pueden contar y cuentan, con toda normalidad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, y en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o interés general”*

material la doctrina de los elementos reglados en la discrecionalidad, el fin, la existencia, la extensión y la competencia, conducían todos a un control de forma de ésta<sup>70</sup>. Así, todas las alternativas de reducción de la discrecionalidad desembocaban en un superfluo control de forma, lo que significaba para el juez que quedaba atado exclusivamente a observar el cumplimiento de los elementos reglados, a realizar un mero proceso de constatación de cumplimiento de requisitos, quedándole prohibido para él un control sobre el contenido subjetivo de la discrecionalidad (*oportunidad y conveniencia*).

Desde la concepción de la divergencia aunque los conceptos jurídicos indeterminados se relacionen con la discrecionalidad administrativa en cuanto que estos permiten un **CONTROL SUSTANCIAL** de dicha potestad, la doctrina en cabeza de GARCIA DE ENTERRIA, se encargarán de establecer una clara diferenciación entre discrecionalidad y este tipo de conceptos; entendemos que esto se da, precisamente, por el marco conceptual de lucha contra la inmunidad jurisdiccional en la cual se desarrolla la doctrina, pero, hoy por hoy, deberá hacerse algunos reparos teóricos a la doctrina del gran maestro español (fin último de este escrito), que por demás fue admitida en Latinoamérica por juristas de gran importancia en el derecho administrativo como Agustín Gordillo, Juan Carlos Cassagne, Gustavo Penagos.

Para ENTERRIA, los conceptos jurídicos indeterminados será uno de los principales aportes que hará la ciencia jurídica alemana al control de la discrecionalidad administrativa<sup>71</sup>. Nos dice el autor, que en la doctrina Francesa la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se englobó en la técnica de los hechos determinantes, pero de una manera más intensa, identificándolo algunos autores con el termino de cualificación jurídica de los hechos por tratarse de una labor más intensa que la mera constatación material de los hechos.<sup>72</sup>

Afirma Enterría que en el derecho público este tipo de conceptos, tiene penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, pues, se confundió que la administración en la aplicación de las normas que contenían conceptos jurídicos indeterminados, gozaba de poderes discrecionales<sup>73</sup>. De allí, que lo primero que construyera el autor fuera su urgente diferenciación, con el fin de que estos se entendieran como una *técnica legislativa* de control sustancial de la discrecionalidad y no como algo similar a ella, como una figura exenta de control jurisdiccional, con esta diferenciación se lograría evitar que estos conceptos se constituyeran en una nueva figura de filtración del principio monárquico en el estado de derecho.

---

<sup>70</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo- RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décimo tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006. Pág. 473,474

<sup>71</sup> Pero como afirma Enterría los conceptos jurídicos indeterminados no son una construcción teórica, sino una técnica que emplean las leyes- Nos dice- *"La ley prohíbe la <competencia desleal>, fija los standards de conducta del < buen padre de familia> o de la < diligencia del buen comerciante>, prohíbe el <abuso de derecho> o impone la < buena fe>, etc. No cabría legislar sin utilizar ese tipo de conceptos y cuando las partes de un proceso discrepan sobre su aplicación al caso parece claro que corresponde al juez determinar si el supuesto de hecho discutido se acomoda o no a este tipo de conceptos a los que la ley ha conectado alguna consecuencia jurídica"*. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces y control de la administración*. Ed. Civitas. 5a ed. Ampliada. Madrid. 2000. Pág. 134

<sup>72</sup> ibídem.

<sup>73</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Ed. palestra, 2004. España. pág. 43,44

Esta diferencia sostenida consistirá en que mientras la discrecionalidad es básicamente la estipulación de una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o lo que es lo mismo, entre indiferentes jurídicos, en cuanto que la decisión se soporta por lo general en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la ley, y remitidos al juicio subjetivo de la administración; los conceptos jurídicos indeterminados, es un típico caso de aplicación de la ley, donde opera un proceso de subsunción en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas, debiéndose entender este proceso de aplicación como un mero proceso reglado-

*“que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional”<sup>74</sup>*

Esto significa para la doctrina de la divergencia, que mientras la discrecionalidad contienen un elemento volitivo en el actuar de la administración, los conceptos jurídicos indeterminados por ser muy diferente a ella, y más próximo a un acto reglado, se compone de un acto cognitivo del cual no es viable predicar margen de libertad decisional a la administración.

Pero como existen conceptos jurídicos indeterminados, también los hay, determinados, delimitados de manera precisa e inequívoca<sup>75</sup> a un ámbito de la realidad, de allí, que la administración no deba concretarlos al momento de su aplicación, lo que si sucede con aquellos, pues, su misma condición de indeterminados exige que la administración los concrete, negándose rotundamente en la posición de Enterría a que en el proceso de constatación quede la administración en la libertad de elección entre indiferentes jurídicos, esto porque -

*“la indeterminación lógica del enunciado no se traduce en una indeterminación absoluta de su aplicación, que permita cualquier interpretación y la contraria, o una invocación meramente caprichosa capaz de legitimar cualquier solución. Por el contrario, resulta manifiesto que la utilización que la ley hace de estos conceptos apunta inequívocamente a una realidad concreta, perfectamente indicada como determinable, pues por de pronto proscribía absolutamente tomar en consideración el concepto contrario u opuesto; he aquí, pues, en esta proscripción radical, que existe un límite a la indeterminación, y un límite manifiesto y patente, nada impreciso, ambiguo o vaporoso, un límite rotundo”<sup>76</sup>*

---

<sup>74</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décimo tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006. Pág. 465

<sup>75</sup> Ibid. Pág. 463

<sup>76</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, Jueces y control de la administración. Ed. Civitas. 5a ed. Ampliada. Madrid. 2000. Pág. 243. (...) “Algunos ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados en el derecho administrativo: justo precio, utilidad pública (como concepto legal), urgencia, circunstancias excepcionales, orden público, etc.) (...)”

Ibid. Pág. 243

Que se asimile la aplicación del concepto jurídico indeterminado a un proceso reglado, de subsunción y en consecuencia, cognitivo, implica la negación de espacios volitivos, que son los mismos discrecionales, para la administración, según la doctrina que hemos identificado como divergente, los conceptos jurídicos indeterminados no pueden escapar en cada caso en concreto de un juicio disyuntivo (*tertium non datur*), con ello, se plantea en la unidad de solución justa de estos conceptos, barrera *divergente* que separa a estos de la discrecionalidad administrativa.

*(...) lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una; o se da o no se da el concepto: o hay buena fe o no hay buena fe en el negocio, o el sujeto se ha comportado como un buen padre de familia o no, podemos decir en términos del Derecho Privado; o en nuestro campo: o hay utilidad pública o no la hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc. Tertium non datur. Hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta”<sup>77</sup>*

- En palabras del autor-

*“Aquí está lo peculiar del concepto jurídico indeterminado frente a lo que es propio de las potestades discrecionales, pues lo que caracteriza a éstas es justamente la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. Si el ministro, por ejemplo, tiene potestad discrecional para ascender a los funcionarios de una categoría y pasarlos a la categoría superior, tan justo será, desde el punto de vista del Derecho, que escoja a Juan, que escoja a Pedro, como que escoja a Antonio. Aquí, cualquiera de estas soluciones, alternativamente, es igualmente justa, y precisamente porque lo que existe es libertad de decisión (la discrecionalidad consiste esencialmente en una libertad de elección), procediendo ésta en virtud de otros criterios materiales distintos de los jurídicos, que por ello no pueden jurídicamente ser fiscalizados. En la aplicación de un concepto jurídico indeterminado la Ley- por hipótesis- no nos da resuelto, como ocurre en los conceptos jurídicos determinados (por ejemplo, la fijación de la mayoría de edad), la solución concreta en cada caso, de modo que ésta debe ser buscada acudiendo a criterios de valor o esa experiencia a que el concepto remite deben ser objeto de una estimación jurídica según el sentido de la ley que ha creado el concepto jurídico indeterminado en cuestión, Ley que ha configurado éste con la intención expresa de acotar un supuesto concreto, aunque su precisión reste indeterminada; de este modo la aplicación de estos conceptos será justamente un caso de aplicación de la Ley. Por ello, el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse; por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la*

---

<sup>77</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Ed. palestra, 2004. España. pág. 44

*intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea. Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado- discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es en definitiva lo propio de las facultades discrecionales”<sup>78</sup>*

Sobresale de lo expuesto, que para el maestro Enterría la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, implica un mero proceso de aplicación de la ley, que no admite más de una respuesta justa, respuesta única que se soporta en la conexión necesaria entre este tipo de concepto y el hecho que pretende forjar en el supuesto fáctico de la norma. De allí, que se vislumbra la conexión que tienen para Enterría los conceptos jurídicos indeterminados con la teoría francesa de los hechos determinantes, pues, para este tratadista español, solo hay una opción frente a la concreción de estos conceptos, o se dan o no se dan (*tertium non datur*), entendiéndose éste como la unidad de medida de la única respuesta justa que encierra para él este tipo de conceptos.

La relación entre el concepto jurídico indeterminado y el hecho real, existente, y por demás controlable, conlleva a que este tipo de conceptos se constituyan en una delimitación de la potestad discrecional de la administración. Así, cuando la ley determina que puede expropiarse cosas y derechos en razón de utilidad pública e interés social, estos conceptos tienen para Enterría una clara función delimitadora-

*“no quiere decir lo mismo expropiar propiedades sólo por causa de utilidad pública que por la simple voluntad y criterio subjetivo y circunstancia de la Administración y de sus gestores”<sup>79</sup>*

Que los conceptos jurídicos indeterminados permitan sólo una única solución de respuesta correcta, significa, *“con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación”<sup>80</sup>*,

---

<sup>78</sup> Ob. Pre. Cit. Pág. 45-47

<sup>79</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, Jueces y control de la administración. Ed. Civitas. 5a ed. Ampliada. Madrid. 2000. Pág. 135

<sup>80</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Ed. palestra, 2004. España. pág.47. Señala a nota de pie de página nro. 25, lo siguiente-*“no podemos entrar en todos los problemas de esta fiscalización. La exposición esquemática que adoptamos en el texto se complica algo por la necesidad de reservar a la autoridad que aplica un concepto jurídico indeterminado el llamado por BACHOF “margen de apreciación” (beurteilungsspielraum) (JESCH lo llama expresivamente “begriffshof” por diferencia del “begriffskern” esto es, halo del concepto por diferencia de su núcleo fijo, utilizando categorías de HECK), que en todo caso (...) es un margen cognoscitivo y no volitivo; este “margen de apreciación”- es la tesis de JESCH- será mayor o menor ordinariamente según la posibilidad o no de adoptar o representar ante el tribunal la totalidad de los elementos de hecho que la autoridad que aplicó el concepto tuvo en cuenta. En ocasiones la extensión del margen de apreciación esta tasada por la ley: por ejemplo, para la determinación del justo*

En el ejemplo de la aplicación del concepto “ruina” halla el maestro GARCIA DE ENTERRIA , la explicación de la diferencia, pues, solo hay dos hechos que pueda presentarse : o determinado bien está en ruina o no lo está (tertium non datur) que referenciamos nosotros como juicio disyuntivo, de acuerdo a esta premisa no puede ser objeto de una facultad discrecional la administración, pues solo se trata de la aplicación de la ley a un caso en concreto, de tal manera que el tribunal, puede estudiar los actos de la administración de fondo con plena tranquilidad, es decir, se faculta para que el juez entre en el fondo del asunto, estudiando si en determinado caso se estaba en presencia de un bien en ruina o no se estaba<sup>81</sup>.

Lo que implica que los conceptos jurídicos indeterminados posean una función delimitadora consiste, precisamente, para Enterría, que en la existencia de un concepto de este tipo, la administración, previa apreciación de los límites, emite un acto administrativo, y si el administrado no está de acuerdo con ello, puede iniciar un proceso contencioso administrativo, dentro del cual podrá discutirse su validez apoyándose no solo en razones formales sino sustanciales.<sup>82</sup>

De tal manera, que el juez en presencia de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado por la administración, y al tratarse de un proceso de aplicación e interpretación de la ley que ha creado el concepto, está en la facultad legal y constitucional, enmarcada en el contexto del estado social de derecho, de fiscalizar la aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite, cosa distinta, lo que ocurre con la discrecionalidad - como lo advierte ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ- pues, el juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, por apoyarse esta en la existencia de varias decisiones justas- por eso, para estos tratadistas-

*“sobre esta base se cae inmediatamente en la cuenta de que una buena parte de los supuestos tradicionalmente tenidos por atribuciones de potestad discrecional por las leyes no son sino el enunciado de simples conceptos jurídicos indeterminados. Durante mucho tiempo, especialmente tras la formulación clásica del concepto de discrecionalidad por el austríaco TEZNER, se identificó ésta con la utilización por la ley de < conceptos imprecisos>, entendiéndose que en tales casos habría que interpretar que la precisión última de dichos conceptos correspondía discrecionalmente a la administración. Hoy se ve que justamente en tales casos la discrecionalidad está excluida y que más que remitir la Ley a una decisión libre de la Administración, en cuyo ejercicio saldrían indiferentes jurídicos o contenidos igualmente justos, se trata, por el contrario, de delimitar una única solución justa cuya búsqueda reglada debe hacer la administración cuando a ella corresponde su*

---

*precio en la expropiación, la lesión que se invoca para que el tribunal pueda revisar la apreciación administrativa ha de exceder precisamente del sexto (art. 126, 2 de la ley de expropiación forzosa)*

<sup>81</sup> Ibid. Pág. 48

<sup>82</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces y control de la administración*. Ed. Civitas. 5a ed. Ampliada. Madrid. 2000. Pág. 136



*aplicación, y cuyo control último, por ser un control de legalidad, es accesible al juez*<sup>83</sup>

Es tal la diferencia que existe entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados que para el maestro ENTERRÍA será absolutamente imposible que ambas figuras se conjuguen en una misma, pues son figuras antagónicas, pues donde hay un concepto jurídico indeterminado habrá una potestad reglada, quiere decir, que si pretendía la administración actuar discrecionalmente por la presencia en la disposición jurídica de un concepto de este tipo, no podrá hacerlo, pues el proceso a realizar no será volitivo, sino, todo lo contrario, será un proceso de constatación, de subsunción de un concepto-hecho a una norma general, por eso que se logre un control sustancial o de fondo.

Pero he de advertir –previamente- que dicha posición doctrinal conduce a una conclusión contradictoria: el concepto jurídico indeterminado no permite un control sustancial o de fondo de la discrecionalidad, pues no se admite un control sobre el elemento subjetivo de oportunidad o conveniencia de la administración, lo que se hace en la tesis de Enterría es concebir que se trata frente a los conceptos jurídicos indeterminados de un control sobre una potestad reglada y no discrecional, potestad, que por demás sí admite el control de forma y de fondo en cuanto se somete a un juicio disyuntivo y de subsunción como veremos más adelante.

Tenemos en conclusión, que la tesis de la doctrina de la divergencia fundada en las ideas del maestro español Eduardo García de Enterría, consistirá en ultimas en la distinción clásica de las potestades de la administración, asimilándose los conceptos jurídicos indeterminados a una potestad reglada, a diferencia de la potestad discrecional, esta condición, repercutirá en la comprensión de la acción de concreción de estos conceptos por parte de la administración, pues, como resultan en la potestad reglada a la administración sólo le es dable jurídicamente llevar a cabo, un proceso de constatación, de subsunción, que rechaza todo elemento volitivo y de apreciación subjetiva por parte de la administración.

A nuestro parecer –consideramos- que en la doctrina de la divergencia se presenta una sustitución o acto de reemplazo de lo que podría considerarse discrecional por los conceptos jurídicos indeterminados (tal como se desprende en las líneas transcritas anteriormente), esto con el fin de posibilitar el control judicial, de lo que se consideraba discrecional y que resulta siendo concepto jurídico indeterminado. La primigenia esencia del concepto jurídico indeterminado como una técnica de control sustancial de la discrecionalidad administrativa no se logra; en cuanto que a medida, que se pretende separar de la discrecionalidad, se va relacionando con la potestad reglada, y aunque en tal postura se logre la separación esperada, nunca se llega a sustentar la operancia del control de estos conceptos sobre la discrecionalidad en un escenario que admita la **coexistencia** de ambas instituciones, por el contrario, ocurre lo que afirmamos: en presencia de una norma que contiene un concepto jurídico indeterminados, la administración que pensaba actuar discrecionalmente ,no lo puede hacer, debido, a que lo que se entendía discrecional no lo es, por el simple hecho que está frente a un concepto jurídico indeterminado que se asimila en todas sus formas de aplicación a la potestad reglada.

---

<sup>83</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décima tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006. Pág. 465

De esta manera, el tema de discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado, se correlaciona con la problemática de las modalidades de control judicial admisibles, cuyo objetivo, no es más, que encauzar las actuaciones de la administración hacia el único fin legítimo: el interés general.

## **B. LAS MODALIDADES DEL CONTROL JUDICIAL EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCRECIONAL Y EL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO**

Modalidades de control judicial se entienden, por un lado, un control formal y por el otro, un control de fondo. Ahora bien, como en la doctrina de la divergencia, la institución de los conceptos jurídicos indeterminados se diferencia sustancialmente de la potestad discrecional, sirviendo como técnica legal de control de ésta, en este apartado debe estudiarse la modalidad de control admisible tanto para la discrecionalidad, como el concepto jurídico indeterminado- vista desde una concepción divergente.

Por ser vistos los conceptos jurídicos indeterminados como formulas reducidas a un mero proceso de constatación, de silogismo jurídico, distinto al proceso volitivo que implica una potestad discrecional, la doctrina, que apoya las divergencias, dirigirá sus esfuerzos para demostrar las técnicas de control practicables sobre estos conceptos, con el fin de negar cualquier similitud con lo discrecional, y que, en sí, fueran tomados como una zona de inmunidad jurisdiccional.

En este apartado señalaremos los principales argumentos teóricos que sustentan la aplicación de técnicas de control jurisdiccional tanto de la discrecionalidad administrativa, como de los conceptos jurídicos indeterminados, entendiéndolas como figuras jurídicas separadas, disimiles y no asimilables. Esto implica, partir de la siguiente afirmación –que es probablemente el argumento más sobrevaluado de la doctrina divergente- mientras, la discrecionalidad administrativa admite varias respuestas correctas, por dotarse por la misma ley a la administración de criterios subjetivos (oportunidad, conveniencia), entendiéndose, que allí, la ley establece un reenvío normativo a la administración para que complemente el supuesto de hecho de la norma, reenvío que admite que la administración acuda a criterios meta-jurídicos (económicos, políticos, sociales, etc.), esto no acontece con los conceptos jurídicos indeterminados, que si bien, son elementos típicos normativos, sólo admiten una decisión univoca y justa; el concepto jurídico indeterminado dentro de elementos lógicos de la norma jurídica se construye como un supuesto de hecho indeterminado, pero esto, para nada significa, que en su concreción la administración pueda acudir a criterios subjetivos, o lo que es lo mismo, el concepto jurídico indeterminado no implica un reenvío normativo a criterios meta-jurídicos, en ese sentido, la posibilidad del control judicial sobre este tipo de conceptos, se soporta en el hecho que la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, es sencillamente, un proceso de constatación del concepto con la realidad de los hechos de la que ella parte- siendo un juicio lógico disyuntivo (*tertium non datur*--- se da o no se da) el que debe realizar la administración y la que fácilmente debe ser revisada por el juez de lo contencioso.

La sujeción a la ley por parte de la administración afianza el respeto por las garantías jurídicas de los individuos, la confianza legítima y la seguridad jurídica, ese, es el valor más preciado del estado de derecho, de modo que la administración en ejecución de la ley bien sea en ejercicio de una potestad reglada o una discrecional, debe admitir un control judicial posterior, en un primer momento este fue el ideal de la tesis de la separación de poderes<sup>84</sup>, posteriormente, se admitirá en aras de lograr las prerrogativas estatales, y, como un ideal democrático, que los jueces controlaran los actos de la administración, construyendo una conciencia más abierta de la democracia que no solo se supedita al respeto de la voluntad general representada en la ley, sino en la salvaguarda de la libertad traducida en la consagración de derechos subjetivos.

Con todo esto, la esencia misma del Estado de Derecho descansa en la necesidad de controles, pues, son ellos los que en últimas logran satisfacer las condiciones de Estado, será éste el logro trascendental del Estado de Derecho: reconocer la necesidad de controles, pues sin ellos no hay garantías, de allí, que la discusión que se da en la doctrina primeramente sea la admisibilidad de controles jurisdiccionales, y, posteriormente el desarrollo de la tesis que lo sustentará frente a los actos de la administración, atenuándose, aquellos dogmas que pretendían escudarse en una democracia, entendida como el poder de la mayoría, de la representatividad, que negaba cualquier tipo de control judicial a la administración, pues, esto era inmiscuirse en asuntos políticos o discrecionales propios de la administración.

Con el rechazo a los espacios de inmunidad jurisdiccional de los actos de la administración se hace una lucha frontal en aras de la legalidad y de la democracia (esto es lo que personalmente considero es el legado del maestro EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA: esa, lucha constante contra el principio monárquico; por eso que éste texto recaiga en gran parte sobre pronunciamientos del maestro español, a quien le profeso gran admiración)<sup>85</sup>

Para Enterría la posibilidad de un control judicial no puede entenderse como un debilitamiento de la democracia, por el contrario, la confianza (trust) que implica un pacto social y la

---

<sup>84</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Ed. palestra, 2004. España. pág. 28. Dice : *“Es un hecho que Napoleón atribuyó el conocimiento de estos recursos a los dos órganos por excelencia centralizadores de todo su sistema: El Consejo de Estado, en lo central, los Consejos de Prefectura, en los departamentos (...) Es cabalmente esta radicación del sistema de control en el propio aparato administrativo y en su interés lo que permite su consagración definitiva y lo que impulsa su desarrollo y extensión, que va a marcar desde sus fases iniciales el sistema de lo contencioso”*

<sup>85</sup> Ibíd. Pág. 30, dice el autor: *“Cuando en 1952 se dictó el texto refundido de la ley de lo contencioso administrativo, esos grandes círculos de actuación inmunes a la fiscalización judicial son, sobre todo, tres: **los actos discrecionales, por una parte, los actos políticos, en segundo lugar, y los actos normativos o Reglamentos, en tercer lugar.** Cada uno de estos tres círculos ordena alrededor de los mimos toda una amplia materia exenta, inmune al poder fiscalizador de los jueces, donde la administración, por consiguiente, puede obrar a su arbitrio” (...)* *“hay que decir, en todo caso que esa reducción de inmunidades no puede ser la obra de puras y abstractas declaraciones legales, sino que ha de ser el resultado de todo un vasto movimiento de lucha por el derecho, en el que, naturalmente, no es sólo responsable, y ni siquiera quizá primariamente, el legislador. Aquí se inserta, sobre todo, la jurisprudencia, que ha comenzado ya con arrojo (...) Es obligación de todos los juristas el auxiliar a esta gran obra de la jurisprudencia, el facilitarla y abrirle caminos, el animarla en las descubiertas hacia terrenos todavía no por ella recorridos, el organizar y sistematizar sus hallazgos aislados”*

representatividad como actos de gestión, implica la existencia de un control externo necesariamente judicial que permita obtener la corrección de las actuaciones de la administración, a través de un marco objetivo de aplicación y observancia del derecho y de la ley, y de la corrección objetiva en el régimen constitucional soportado en el canon constitucional (racionalidad, más igualdad, sin ventaja ilegítima de nadie)<sup>86</sup>

*“Nada, por tanto, más contrario a la esencia misma de la democracia que pretender que el origen electivo de los gobernantes les dispense de control o les legitime ante los ciudadanos frente a cualquier reclamación o exigencia de justificación que éstos puedan judicialmente pedirles. La posibilidad de citar ante un Tribunal a la Administración y a sus agentes para someterlos en el proceso a la necesidad de que acrediten la observancia de la Ley y del Derecho, que la Constitución les impone, la racionalidad social y ética de su actuación, lejos de oponerse al principio democrático, resulta ser así uno de los instrumentos más eficaces, e incluso imprescindibles, para su sostenimiento”<sup>87</sup>*

Es una exigencia de la propia democracia fortalecer los controles que no solo pueden quedar sometidos a la imposición del respeto por el derecho y la ley, sino de reducir la discrecionalidad administrativa *“donde tan fácilmente pueden anidar prácticas corruptas”<sup>88</sup>* invitando a la objetividad e imparcialidad en las actuaciones administrativas. Por tal razón, afirma el maestro español rotundamente *“no hay derecho sin juez”*, pues, para él el juez es una “pieza” esencial en la organización del derecho.

Para Enterría el juez es la boca de ley, pero no en sentido dado del francés Montesquieu, sino en la más tradicional *iurisdictio*, es decir, el juez determina el alcance de la ley, de su vinculación efectiva, por tal razón, la administración es un sujeto como cualquier otro, en el proceso judicial está sometido a la ley y al derecho, no pudiéndose admitir razón alguna para negar la admisibilidad del control judicial sobre la actuación de la administración. El tema central de su discusión radica que se ha entendido en la discrecionalidad, y, en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, dos instituciones que admiten una exención o privilegio en cuanto al control y la vinculación de la administración al juez, lo cual es inadmisibles<sup>89</sup>.

Una de las razones más interesantes que ha conducido al desarrollo del derecho administrativo- en mi humilde opinión- es la discusión que se ha dado alrededor del control de los actos discrecionales de la administración y el alcance y límites de este control por parte del juez de lo contencioso. De allí, que se haya hecho por parte de la doctrina especializada un esfuerzo teórico con el fin de establecer razones suficientes que logran un control formal de la discrecionalidad

---

<sup>86</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, Jueces y control de la administración. Ed. Civitas. 5a ed. Ampliada. Madrid. 2000. Pág. 111 y ss.

<sup>87</sup> Ibid. Pág. 112

<sup>88</sup> Ibid. Pág. 122

<sup>89</sup> Ibid. Pág. 130 Para este autor dos han sido las instituciones que han iniciado la polémica respecto al control judicial: la aplicación por la administración de los conceptos jurídicos indeterminados y la utilización de las potestades administrativas.

administrativa, y posteriormente, un control de fondo de la misma en aras de satisfacer las prerrogativas de garantías y sujeción a la legalidad que encierra el Estado Social de Derecho.

Un control de forma de la discrecionalidad se sostendrá inicialmente en el argumento traído de las enseñanzas del maestro francés Hauriou, quien reconocía la no existencias de potestades regladas o discrecionales absolutas, pues, tanto en una como en la otra, existían elementos discrecionales o reglados, con este criterio se sostuvo que existen elementos reglados -que no pueden dejar de serlo por ninguna razón- en la potestad discrecional, lo cual posibilitaba un control de forma de la discrecionalidad<sup>90</sup>.

Se sumó posteriormente a este argumento la idea que por más que la administración actúe con criterios subjetivos propios y habilitados por la ley misma de oportunidad y conveniencia, no puede ser ajena al **FIN** que persigue, es el fin el que orienta el ejercicio del poder público, siendo inadmisibles cualquiera de las decisiones libres que tomara la administración que contrariara el fin representado en el respeto y prevalencia del interés general<sup>91</sup>.

Estas dos técnicas serán las que abrirán las puertas para la admisión del control formal de los actos discrecionales de la administración, manteniendo el límite al juez de no inmiscuirse en asuntos propios de la administración, como la oportunidad y conveniencia, sosteniéndose que dichas técnicas de control no afectaban o alteraban el principio de separación de poderes, ni los principios democráticos de la voluntad general y el respeto de la representación, en cabeza, primero del legislador, y posteriormente, también, en el ejecutivo.

Con el reconocimiento de elementos reglados en toda potestad discrecional, se afianza la tesis de la vinculación positiva de la administración a la ley, pues, la potestad discrecional debe provenir de la ley y en ese acto precisamente se insertaran elementos reglados tales como la existencia misma de la discrecionalidad, la extensión de la misma que implica el rechazo a potestades discrecionales absolutas e ilimitadas, la competencia de la entidad a la que se le atribuye la potestad, y el fin que persigue, que no puede ser otro que el general.

Tal como referencia el profesor Hugo Marín Hernández fue el maestro EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA quien en su obra “La Lucha contra las inmunidades del Poder” trató el tema del control de la discrecionalidad<sup>92</sup>, sosteniendo que en el desarrollo de la jurisprudencia del consejo Francés será donde se lograra la atenuación de la discrecionalidad administrativa que se asimilaba a los actos de autoridad o de imperio los cuales no admitían control jurisdiccional alguno, a diferencia de los actos de gestión; pudiéndose sostener por el tribunal un control formal de la discrecionalidad a través del recurso denominado “exceso de poder”

---

<sup>90</sup> Principio recogido en la ley de la jurisdicción de lo contencioso administrativo española de 1956. Entendiendo que existe elementos reglados como son la competencia, el procedimiento y el fin en los actos discrecionales

<sup>91</sup> De allí, que se planteará al interés general o público como concepto jurídico indeterminado, que al encerrar una justa solución, permitía al juez controlar los actos discrecionales de la administración.

<sup>92</sup> MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. La discrecionalidad administrativa. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia, 2007, pág. 291.

La “desviación de poder”<sup>93</sup> será la figura técnica que posibilita y logra que el poder público sea encarrilado al respeto del **FIN**, ya que cuando se aparta de él, podrá controlarse las actuaciones de la administración -aunque sea de manera formal.

Es que precisamente, la técnica de la desviación de poder conduce a comprender que la libertad de que goza la administración en presencia de una potestad discrecional no es absoluta, pues, existe elementos reglados, como el **FIN** que debe satisfacer y programar su actividad (ratio legis), por consiguiente los elementos reglados de los actos discrecionales, tales como la existencia propia, la extensión, la competencia son regentados por el **FIN** de la norma que en sí, se circunscribe en un entramado del ordenamiento jurídico fundado en el principio de la unidad.

En cuanto al fin como elemento reglado de la discrecionalidad y la desviación de poder como técnica de control formal, el jurista colombiano HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ sostiene que es al legislador en el marco del Estado democrático de Derecho quien le corresponde la determinación de los fines de interés público y de las necesidades colectivas, en general, y, particularmente, de la actuación de la administración, pues, éste es el depositario de la soberanía popular y representante de la voluntad del cuerpo electoral, y aunque en ocasiones la administración sea llamada a completar esa tarea, bien, porque el mismo legislador le atribuye márgenes de libertad decisoria, lo que es una forma expresa, o, bien de forma implícita a través del uso de conceptos vagos o indeterminados en las disposiciones que produce, o en los que opta por una baja densidad normativa en la regulación del sector de actividad administrativa de que se trate, esto no implica que el órgano administrativo pueda modificar la finalidad o concebir propios valores que orienten su actuar, o, peor aún, desconocerlos, pues al hacerlo, *“se ubicaría en la posición constitucionalmente atribuida al parlamento, quebrantando así el equilibrio de poderes. Los fines que éste determina como interés público son, pues, la justificación de la actividad de la Administración y, por tanto, indisponibles para ella, de modo que si se aparta de los mismos en el desempeño de sus funciones incurre en desviación de poder”*<sup>94</sup>

Con lo dicho hasta aquí, se desprende que la técnica de la “desviación de poder” afianza los principios de seguridad jurídica y de legalidad, y del respeto que debe la administración a estos

---

<sup>93</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Ed. palestra, 2004. España. Pág. 37. Sobre la “desviación del poder” como técnica de control, en España sostiene GARCIA DE ENTERRÍA, que ésta es una- *“aportación técnica que vienen del derecho francés (donde cuenta ya más de un siglo), y que ha sido recibido muy tardíamente en nuestro derecho (...) la ley de lo contencioso administrativo de 1956 por vez primera ha introducido , en efecto, la técnica de control de las potestades discrecionales por la desviación de poder, que de esta manera ha tenido que penetrar curiosamente en nuestro derecho por vía legal y no jurisprudencial. Sin embargo, parece quedarse ahí. Atendidas las declaraciones legales, el punto en que nuestro derecho está hoy en cuanto a este gran tema de reducción de las potestades discrecionales, es precisamente este del control de los elementos formalmente reglados, con la especificación de que uno de ellos es el fin, fiscalizable a través de la técnica de la desviación del poder. Pero evidentemente, las técnicas de reducción de la potestad discrecional no pueden quedar aquí. Sería un error interpretar la ley de la jurisdicción contenciosa de 1956 en el sentido de que el único vicio estimable por los Tribunales en los actos discrecionales es el vicio de la desviación del poder”* Luego recogida la LJCA de 1956 en los artículos 83.2, hoy artículo 70.2 de la LJCA de 1998. Figura reforzada con el artículo 106. 1 de la constitución española; 9,3

<sup>94</sup> MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. La discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá- Colombia, 2007, Pág. 293

principios del ordenamiento jurídico y a las garantías de los ciudadanos, la administración en particular se somete al respeto a la ley, pero no solo por razones políticas desprendidas de las revoluciones liberales, sino también por razones jurídicas como es el respeto por la unidad del poder y del ordenamiento; lo que acontece es que el lenguaje del derecho es ambiguo, indeterminado y de textura abierta como sostendría en su momento HART<sup>95</sup>, lo cual repercute en el proceso de aplicación del derecho por parte de la administración, que como advertimos en el capítulo anterior, la doctrina de la divergencia reconoce no es un mero proceso de particularización como en el caso de los jueces, lo que repercutirá en su momento al dar como insatisfactorias las tesis del control formal de la discrecionalidad, acudiéndose –como hemos dicho- a nuevas técnicas orientadas a la extensión del control material de los actos discrecionales, bajo la premisa de satisfacer los principios del estado de derecho (sometimiento del poder al derecho) y el respeto de las garantías de los administrados.

La sujeción a la ley por parte de la administración, implica entender que en ese proceso en el cual se inserta el control a través de la técnica de la desviación de poder de las potestades discrecionales, estas no infieren una aplicación mecánica de la norma, ellas remontan un proceso de creación, aplicación e integración del derecho, acción fundada expresamente en la ley, o implícitamente en la naturaleza indeterminada del lenguaje jurídico. Frente a ello, JUAN CARLOS CASSAGNE menciona que-

“el lenguaje del derecho se caracteriza, en ese análisis, por su vaguedad, ambigüedad, y textura abierta (que admite una interpretación tanto restrictiva como extensiva). Se perfilan en esa postura, zonas de certeza y zonas de incertidumbre y ello influye en la complejidad del proceso de interpretación que conduce a que los administradores y jueces tengan que crear la norma aplicable al caso. Desde luego el fenómeno se produce igualmente en la cúspide del ordenamiento, es decir, en la Constitución misma, reconociéndose la configuración de indeterminaciones constitucionales”<sup>96</sup>

Precisamente, esa ambigüedad e indeterminación del lenguaje del derecho, daría a entender que en el proceso de concreción de estos supuestos de hecho en los cuales pueden insertarse conceptos indeterminados, la administración podía actuar discrecionalmente, volitivamente, lo que daría lugar a una *doctrina de la convergencia*, pero, a contrario sensu, GARCIA DE ENTERRÍA señalará que el concepto jurídico indeterminado no se asemeja a una potestad discrecional, aunque la indeterminación sea lógica la aplicación del concepto solo admite una única respuesta correcta; y sobre este argumento se fundirá la posición teórica de reconocerlos como técnicas de control de la discrecionalidad, calando aquí la posibilidad de controlar las decisiones discrecionales de la administración a través del interés público, pero no entendido como aquel donde brota el fin de la norma, sino, como un concepto jurídico indeterminado que sólo admite una unívoca y justa respuesta por parte de la administración, que por demás está en el deber de concretarlo.

---

<sup>95</sup> HART, H.L.A. El concepto de derecho. trad. Genaro R. Carrió. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires- Argentina, 2009, Pág.155-169

<sup>96</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. “la discrecionalidad administrativa”. Pág.4 Tomado siguiente enlace: <http://www.cassagne.com.ar/ingles/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf>

Como hemos referido líneas atrás, serán tres las técnicas de control de fondo de la discrecionalidad administrativa: hechos determinantes, principios generales del derecho y conceptos jurídicos indeterminados.

El derecho pertenece a una realidad concreta, de modo que las normas jurídicas deben ajustarse a presupuestos fácticos concretos, previstos por el legislador en el acto de configuración legislativa, y aunque puedan ser futuros (caso de las normas que tipifican delitos, o normas que habilitan a las partes a configurar negocios jurídicos) la realidad es una sola, por ello que el maestro Kelsen entendiera el principio de imputación<sup>97</sup> como aquel que permite la atracción de hechos reales a supuestos fácticos que conformaban junto con la consecuencia jurídica y la cópula, los tres elementos de las normas jurídicas.

En ese sentido, la actuación discrecional de la administración debe supeditarse a una realidad concreta, no puede ser ajena, ni contraria a ella, pues de hacerlo quebrantaría el principio más elemental de existencia del derecho, a esto, se suma que la realidad es una sola, no puede existir dos ámbitos disímiles de una sola realidad, es o no es. La existencia de un hecho indica su constatación y producción real, y como es sólo una la realidad (existió o no existió el hecho, a gracia de ejemplo: o el funcionario (X) abandonó el puesto de trabajo o no lo hizo; existieron las causales reales (avalancha, p.ej.) para invocar la urgencia manifiesta o no existieron) esto es una suerte de un juicio lógico disyuntivo (es o no es) (*tertium non datur*), la negación de que un hecho sea una cosa y no lo sea al mismo tiempo, es ilógica, por lo tanto, un control que se soporte en la constatación real de la existencia o no de un hecho, resulta ser una técnica demasiado segura, además que en ella, no haya lugar para sugerir que la administración actúe discrecionalmente.

El control de los hechos determinantes, consiente en la constatación del hecho que determina la decisión de la administración, y al ser una sola la realidad es posible que el juez de lo contencioso pueda controlar la decisión tomada por la administración, así, no solo se tratará de un control formal, sino de fondo que recae sobre la propia decisión, concretamente sobre su fundamento fáctico.

Frente a la técnica de control por los hechos determinantes HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ enseña-

“la verificación de la ocurrencia del hecho, al igual que la forma o las circunstancias en que se ha producido escapan, por tanto, a todo tipo de apreciación discrecional, aunque no pueda necesariamente afirmarse lo mismo con respecto a la valoración de dicha realidad. Así pues, la actividad probatoria desplegada tanto en sede administrativa como, eventualmente, con posterioridad ya en la instancia judicial, tiene por objeto controlar plenamente la exactitud de los hechos determinantes de la decisión de suerte que, por esa vía, se fiscaliza naturalmente el ejercicio de las facultades discrecionales por parte de la Administración, que solo podrá utilizarlas una vez acreditada la concurrencia de

---

<sup>97</sup> Kelsen, Hans. “la idea del derecho natural” Pág. 18.20 en: Kelsen, Hans. La idea del derecho natural y otros ensayos. Ed. Coyoacán. México, 2010. También en: Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho. Ed. Libros Hidalgo. Colombia. Pág.29-32



las circunstancias que integran el supuesto de hecho de la norma que las consagra. Negar la facultad de controlar los hechos determinantes de la decisión administrativa supondría vincular al juez a la fijación de los mismos realizada por la Administración, conculcándose así el derecho a la tutela judicial efectiva del administrado, que no podría discutir la existencia y exactitud de esos hechos”<sup>98</sup>

Para Enterría una vez se da una cierta pérdida de esperanza sobre las figuras de reducción, y en especial sobre la desviación del poder en la doctrina francesa, y al trazarse nuevos derroteros por los cuales debía ir el control judicial, la técnica de los hechos determinantes nació desde una premisa lógica, como era reconocer que la potestad discrecional se apoya de una realidad de hecho que funciona como supuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata-

*“La valoración política de la realidad, podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo que ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del derecho administrativo”*<sup>99</sup>

En cuanto a esta técnica de control MERCEDES SILVA LOPEZ dice que la jurisprudencia Española recogió la doctrina del maestro Enterría, afirmando de manera constante, que al ser los hechos tal como la realidad los exterioriza, no le es posible a la administración inventarlos o desfigurarlos, aunque ostente facultades discrecionales para su apreciación, pues, la realidad es una sola no mutable por la voluntad de la administración<sup>100</sup>

Pero para EVA DESDENTADO DAROCA, el control de los hechos determinantes aunque se estipule por la doctrina como una técnica de control de la discrecionalidad, no lo es en realidad, todo se debe a una exageración alimentada por la circunstancias concretas presentadas anteriores a la expedición de la ley de la jurisdicción de 1956, en la cual un equivocado entendimiento del denominado carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, negaba a los jueces el enjuiciamiento de los supuestos fácticos de los actos, admitiendo solo pronunciamientos sobre la legalidad del mismo. Para esta jurista los hechos son elementos reglados, en cuanto se consagran

---

<sup>98</sup> MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. Bogotá- Colombia, 2007, pág.329

<sup>99</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Ed. palestra, 2004. España. Págs. 40,41. Recalcando- *“en nuestro derecho administrativo, en nuestra jurisprudencia especialmente, no es raro encontrar el control de los hechos determinantes de las facultades discrecionales en aplicaciones casuísticas, pero no hay del mismo una conciencia general y es obligado, desde luego, forzar esta conciencia sistemática, porque precisamente en el control de la realidad de los hechos determinantes radica una de las posibilidades más eficaces de control judicial de las potestades discrecionales, como saben bien en los países que utilizan abiertamente esta técnica”*

<sup>100</sup> SILVA LOPEZ, Mercedes. “A vueltas con el control de la discrecionalidad del planteamiento urbanístico. Aportaciones para el debate” artículo publicado en la revista Andaluza de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 78, Sevilla, septiembre-diciembre (2010), págs. 115.

en el mismo ordenamiento, de modo, que hablar del control de los hechos determinantes, resulte hablar de una técnica de control judicial de un elemento reglado en la discrecionalidad.<sup>101</sup>

Con la posición de EVA DESDENTADO DAROCA se hace nuevamente hincapié en la naturaleza propia de esas técnicas de control de la discrecionalidad administrativa, retomando la tesis que no existe una discrecionalidad absoluta, y que ella está sometida al respeto de elementos reglados que la relativizan permitiendo su control jurisdiccional.

Además de la realidad como sustento de las decisiones discrecionales de la administración, estas deben ser racionales, la racionalidad de las decisiones discrecionales significa su apartamiento de la arbitrariedad, reconociéndose así el respeto que se debe a valores mínimos del ordenamiento jurídico, identificados en los principios generales del derecho, quedando sujeta la administración no solo a la legalidad sino también al derecho, de tal manera que estos principios resultan informando la potestad discrecional. De acuerdo a esto, otra posibilidad de controlar jurisdiccionalmente la discrecionalidad administrativa, se logra, por el entendimiento de que las decisiones de la administración deben guardar coherencia y racionalidad con los principios que informan el ordenamiento jurídico respectivo, de allí, que por una clara falta de lógica, coherencia, de racionalidad, la decisión resulta infringiendo el ordenamiento jurídico y el principio de interdicción de la arbitrariedad, que aunque en nuestra carta política no se establezca expresamente como si se hace en la constitución española de 1978 en el artículo 9.3, puede identificarse a través del entendimiento de la constitución como un cuerpo normativo fundado en valores, principios y garantías<sup>102</sup>, del reconocimiento que a través de una interpretación sistemática de la norma superior y la comprensión que el Estado- Administrador queda sujeta no solo a la ley en sentido formal sino al derecho materialmente, que las decisiones de la administración deben ser racionales y justificados, pues, de no ser así se vulneraría las garantías constitucionales de los administrados.

La técnica de control de la discrecionalidad en los principios generales del derecho, parte de la superación del positivismo legalista que reducía el derecho a un mero proceso exegético de la aplicación de la ley. Su implantación en el derecho administrativo surge desde la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, después de la segunda guerra mundial, consolidándose como una técnica de control de la discrecionalidad. Apoyada en el artículo 16 de la constitución Francesa de la V república de 1958 que determinada como ocurrió con el artículo 48 de la constitución de Weimar que en caso de emergencia el presidente asumía todos los poderes, en este artículo se refirió que el presidente no se eximia de observar los principios generales del derecho. Nos cuenta Enterría que en España la ley de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo acogió la corriente francesa, y posteriormente se vio fortalecida con la constitución de 1978.

Al ser los principios generales del derecho un substrato del ordenamiento jurídico, debe ser asimilable, y, -de hecho lo fue- que la postura teórica que los recogiera como técnica de control de la discrecionalidad, entendiera que el actuar de la administración no solo debe guardar respeto

---

<sup>101</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Ed. Aranzadi, España, 1997. Págs. 210 y 211.

<sup>102</sup> PRIETO SANCHIS, Luis. Justicia constitucional y Derechos Fundamentales. 2ª ed. Ed. Trotta. España. 2010. Pág.137-174

por la ley, sino también por los principios generales del derecho, esto por una razón elemental, la administración no es un poder soberano que cree derecho, o sea ajeno al creado, de modo que el actuar discrecional se somete a él y lógicamente a sus principios. De esta sujeción que podríamos llamar amplia del derecho, el juez desempeña un papel de guardián del ordenamiento en su conjunto<sup>103</sup>, pues, los principios representan los valores más racionales del derecho a los cuales ni siquiera la oportunidad y conveniencia de la administración quedan excluidas de su manto, por cuanto no pueden ser contrarias las acciones aún más libres de la administración a los valores superiores que logran la unidad del ordenamiento.

Consideramos que el control de la discrecionalidad por los principios generales del derecho, desemboca en un control de la orientación de la actuación hacia los valores del ordenamiento, por eso que deba admitirse, pero, debe precisarse, que estos principios se materializan en últimas en el respeto en el actuar de la administración FIN, y como este es un elemento reglado, el control por los principios, sufre la misma suerte del control por los hechos determinantes referida por Desdentado Daroca, así, tanto la técnica de los principios generales del derecho como de los hechos determinantes terminan siendo un control de elementos reglados y no de la discrecionalidad.

En la legislación colombiana el artículo 36 del decreto con fuerza de ley 01 de 1984 establecía expresamente en cuanto a los actos discrecionales que “en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”, posición recogida textualmente la ley 1437 de 2011 en el artículo 44.

De una interpretación que pudiese describirse de fondo, puede notarse como la norma se refiere al respeto del fin, y, al respeto por el alcance de los hechos, como elemento real del acto discrecional. Vemos como estos elementos de fin y realidad (hecho), conducen a admitir en nuestro ordenamiento la técnica de control de los principios generales de derecho y de los hechos determinantes que terminan siendo soporte de la causal de anulabilidad: desviación de poder. Pero no tenemos más que lo que hasta aquí hemos dicho, estas técnicas pretendiendo controlar materialmente la discrecionalidad, no lo logran hacer, pues, se dirigen sobre elementos reglados,

---

<sup>103</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Ed. palestra, 2004. España. Pág.53 Dice sobre estos principios que *“El derecho Administrativo es el campo más fértil de la legislación contingente y ocasional, de las normas parciales y fugaces (...) Al término de esta formidable reducción de la discrecionalidad queda de ésta un último residuo, aquel en el que se manifiesta como una apreciación de valores singulares (la oportunidad es sólo uno de ellos) sobre la que se monta la libertad de elección en que en último extremo consiste. Esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente, ni puede serlo, porque los tribunales sólo pueden usar para la medida del actuar administrativo criterios jurídicos generales- lo general es justamente lo propio del Derecho, en donde radica su objetividad, y no en apreciaciones subjetivas y contingentes de la justicia de los casos concretos. Es en esa libertad última de decisión, en vista de lo singular y de lo concreto, en donde radica la responsabilidad del poder político, responsabilidad de que el juez está exento y que nunca puede pretender sustituir. El control judicial de la discrecionalidad no es, por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando, y no siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades.* Pág. 54-55

constituyéndose en últimas en herramientas de control de forma. Preciso es referir que al respecto pueden concebirse dos líneas argumentativas sobre lo que se ha dicho hasta aquí: por un lado, pudiese sostenerse con algún éxito que no existe discrecionalidad administrativa en la medida que en aras la doctrina de la divergencia controlar la discrecionalidad, termino extinguiéndola, desapareciéndola por el hecho que estas técnicas de control sustituyen lo que sería en un comienzo discrecional en lo que termina al final en reglado en aras de lograr tan anhelado control judicial; posición que tendría mucha probabilidad de ser exitosa, a menos que como consideramos pueda alcanzarse una definición desde lo concreto de la discrecionalidad, conduciendo a encontrar un punto de diferencia aún en el espectro amplio que la legalidad construye, condición está en la que se soportaría la posición de rechazo a la discrecionalidad. Por otro lado, -(posición en la que encajan nuestras ideas)- puede presentarse el argumento contundente de que las técnicas de control de fondo de la discrecionalidad, no son más que técnicas insuficientes que siguieron la línea del control de forma en la figura de la desviación del poder, no existe otra razón que esta, pues, el apartamiento de la realidad, de los fines, y del marco axiológico que son los principios generales del derecho, conducen a afirmar con plena certeza por parte del juez que el obrar de la administración se ajusta a la causal de desviación de poder, esta posición teórica no rechaza la existencia de la discrecionalidad, crítica sí, el alcance desmedido e irreal de estas técnicas de control de fondo que la doctrina de la divergencia entendió para contrarrestar el *caballo de Troya* de la discrecionalidad.

Los principios generales del derecho se recogen en el *móvil* que tiene la administración para actuar, el móvil es el criterio subjetivo, que por serlo no implica que sea contrario al fin que se persigue, ni a los principios que logran la unidad del ordenamiento jurídico-político; por ello, que la causal sea exclusivamente la desviación de poder la cual recae sobre el juicio de los móviles y no de los motivos que tuvo en cuenta la administración para actuar<sup>104</sup>.

Para nosotros- nos adelantaremos a advertirlo<sup>105</sup>- el control judicial de fondo propio de la discrecionalidad es aquel que recae sobre el motivo que tuvo la administración, por ello, que

---

<sup>104</sup> OSPINA SEPULVEDA, Roosevelt Jair. "límites jurídicos y políticos de la decisión de la administración pública en nuestro sistema constitucional" en: revista electrónica facultad de derecho y ciencias políticas Universidad de Antioquia. Número 2 Año 1, ISSN 2145-2784. Septiembre-diciembre de 2009. Pág.24, 25 Consultada en el siguiente enlace: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewFile/3286/3049>. Refiere el autor que si bien en el ordenamiento jurídico no se hizo consagración expresa de la definición de la discrecionalidad administrativa, sí se determinó en el artículo 36 (dct.01 de 1984) la manera de cómo debería ser ejercitada por la autoridad respectiva "*dicha disposición establece límites para el ejercicio de prerrogativas por parte del servidor público habilitado; sin embargo, es claro que las restricciones impuestas en la misma versan sobre los fines que deben perseguir la autoridad con su ejercicio, el cual debe corresponderse con la norma habilitante; además, establece una limitación en cuanto a la proporcionalidad en el análisis de los hechos que le sirven de causa*"- el autor llega a las mismas conclusiones que nosotros en este escrito al reconocer que "*en el primer caso, como ya se vio, será un presupuesto controlable a través de la técnica de la desviación de poder, mientras que, en el segundo evento, la norma hace referencia al control mediante el análisis de los hechos determinantes y los principios generales del derecho*"

<sup>105</sup> Este punto sistemáticamente será desarrollado en este escrito en el capítulo segundo.

sostengamos (en la doctrina de la convergencia) la urgente necesidad de exigir que los actos administrativos provenientes del ejercicio de la potestad discrecional deban ser motivados.<sup>106</sup>

La motivación de los actos discrecionales como exigencia legal contribuye al *posible y siempre esperado* control jurisdiccional de fondo (además que es la clave de bóveda para reconocer su existencia), además de contribuir con la salvaguarda y efectividad del derecho de tutela judicial efectiva<sup>107</sup>, en cuanto que el administrado conociendo las razones que condujeron a la administración a tomar una determinada decisión, podrá acudir ante el juez planteando las razones fácticas y jurídicas en las cuales sustente la pretensión de nulidad por controvertir el ordenamiento jurídico, bien sea por desviación de poder, falsa motivación, u otro causal, contemplada en el ordenamiento jurídico.

El requerimiento de motivación puede considerarse como una técnica de auto-limitación de la administración de sus potestades discrecionales, pues, así como puede auto-atribuírselas por medio del reglamento, estará en el deber de auto limitarse con el fin de no rayar en la arbitrariedad y vulnerar los valores y principios jurídicos que forjan la plenitud del ordenamiento jurídico. Este punto lo abarcaremos en el segundo capítulo de esta obra. Basta por el momento con lo dicho.

La tercera técnica como vimos en el apartado anterior, consiste en la implantación de la figura de los conceptos jurídicos indeterminados, pero que a nuestro parecer, no conducen a un control de fondo, sino, a una suerte de sustitución de lo que se creía discrecional por estos conceptos con el fin de que opere un control jurisdiccional a tipo de una potestad reglada, lo que se traduce de forma sencilla en una observancia y verificación por parte del juez del efectivo ejercicio de subsunción que debería haber hecho la administración frente a la aplicación del concepto, con el plus del tema, que esta decisión está atada al principio de la única respuesta justa y al juicio disyuntivo (*tertium non datur*).

---

<sup>106</sup> SILVA LOPEZ, Mercedes. "A vueltas con el control de la discrecionalidad del planteamiento urbanístico. Aportaciones para el debate" artículo publicado en la revista Andaluza de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 78, Sevilla, septiembre-diciembre (2010), págs. 117

<sup>107</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Ed. Marcial Pons. Buenos Aires, Argentina. 2009. Pág. 204, 205 Refiere el autor que *"como es sabido, la motivación – en cuanto expresión de las razones y fines que llevan a la Administración a emitir el acto administrativo- (que además debe consignar los antecedentes de hecho y de derecho) constituye un requisito de forma esencial para la validez del acto administrativo en la medida que traduce su justificación racional en el plano exterior. (...) En las decisiones o elementos discrecionales de los actos que dicta la Administración la obligatoriedad de la motivación obedece a dos razones fundamentales. La primera, como señala FERNANDEZ, permite deslindar la discrecionalidad de la arbitrariedad, ya que al no haber motivación el acto administrativo, aparece en el mundo jurídico <como un producto de la sola y exclusiva voluntad del órgano que lo dicta, lo que resulta incompatible con el Estado de derecho>, que es gobierno de derecho y no de los hombres. La segunda razón tiene que ver con la tutela judicial efectiva y, más precisamente, con la garantía de defensa (art. 18 CN), pues si el acto no se encuentra motivado, el particular se halla impedido de ejercer facultades que integran el llamado debido proceso adjetivo (derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada)"*

Por eso no volveremos a recaer sobre el tema- que espero- haya quedado claro en el capítulo anterior. Aquí, nos detendremos a evaluar los límites y posterior control que la doctrina de la divergencia ha creado para la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados.

Considerándose que el proceso de concreción de un concepto jurídico indeterminado es una potestad reglada y no discrecional, se entenderá que en presencia de estos, la administración que pretendía fundar su decisión en criterios de su propia voluntad, no podrá hacerlo, forjándose estos conceptos en palabras de Enterría en una técnica de control sustancial de la discrecionalidad administrativa, con las condiciones y características vistas.

Como quedo plasmado en el apartado anterior las diferencias que sostienen la doctrina española referenciada en el maestro García de Enterría entre potestad discrecional y conceptos jurídicos indeterminados, logran sostener el control jurisdiccional a través de estos sobre aquella, pero, los autores que sostienen estas divergencias se enfrentarán a la necesidad de indicar la modalidad de control de los conceptos jurídicos indeterminados, a suerte, que de ello se desprenda la convalidación teórica de las divergencias entre ambas figuras jurídicas, y la posibilidad sostenida de ser estos conceptos técnicas de control de fondo de la discrecionalidad administrativa.

La administración en ejercicio de una potestad discrecional acude a un ámbito volitivo para completar el supuesto de hecho de la norma, mientras en los conceptos jurídicos indeterminados este ámbito no se hace presente en el campo del juicio de la administración, lo que quiere decir, que el control jurisdiccional de ellos se asimila a un control de potestades regladas, que solo admiten una respuesta correcta, y que su aplicación es constatable y sustituible por el juez contencioso, esto último, encarna bastantes problemas, pues, deberá cuestionarse los límites que recaen sobre las potestades del juez en general, y particularmente, en el caso de sustituir la concreción que hizo la administración de estos conceptos.

La jurisprudencia española como advierte el jurista IGOR YANEZ VELASCO ha reconocido la existencia de una única solución justa en este tipo de conceptos, pero también ha entendido que existe un margen de apreciación propio de la administración, pero afirmando que no se trata de un juicio volitivo propio de las decisiones discrecionales, sino de un juicio cognoscitivo<sup>108</sup>. Lo cognoscitivo conduciría a una única solución justa permitiendo que no se desborde la tesis de los conceptos jurídicos indeterminados, evitando caer en un a *absurdum jurídico*. Por eso refiere que en apariencia es contradictoria la existencia de una única solución justa y un margen de apreciación reservado o de libre control, pero nos dirá que la jurisprudencia en un esfuerzo dialectico sostendrá que ese margen de apreciación no es la puerta abierta a un juicio volitivo característico de la discrecionalidad, sino, será un juicio cognoscitivo o intelectual ( refiere el autor la sentencia del tribunal supremo de 19 de mayo de 2008, EDJ 2008/73234), y por ello, que no se pueda predicar una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, no hay cabida para márgenes valorativos, siendo admisible únicamente que el concepto se dé o no se dé (*tertium no datur*) (refiere el autor la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2010 EDJ 2010/6419)

---

<sup>108</sup>YANEZ VELASCO, Igor. "Control de Legalidad de los conceptos jurídicos indeterminados en el planeamiento Municipal. Jurisprudencia de Altos vuelos sobre asuntos resueltos mediante corazonadas" en: revista de derecho urbanístico y medio ambiente. ISSN 1139-4978, núm. 269, Madrid, noviembre (2011), pág. 19

El margen de apreciación se produce desde la doctrina alemana<sup>109</sup>, en la cual se reconoce que en caso de aplicación de un concepto jurídico indeterminado, puede darse tres zonas que hacen fácil o dificultan el proceso de concreción; existe una zona positiva y una zona negativa, que resultan ser extremos que hacen fácil la tarea de concreción, en la medida que en la positiva es lo que puede ser el concepto, en la negativa lo que no puede ser, pero entre ellas, hace presencia una zona intermedia de incertidumbre (halo de concepto), allí se presenta el margen de apreciación. Lo reglado estaría dado en los dos extremos (positivo-negativo), pero con poca claridad en el intermedio, podría concebirse que en esa zona, se permitiría un actuar discrecional (volitivo de la administración), lo cual, repercutiría en el derrumbe de la tesis que sostienen a este tipo de conceptos como técnica de control (es admisible que lo sean, mientras lógicamente sean diferentes), por eso, que desde la doctrina de la divergencia se hagan esfuerzos para concebir que en el halo del concepto, opere una actuar cognitivo y no volitivo, esto como vemos, garantiza la separación de las instituciones

Pero una vez sentadas estas bases que conservaban la separación de las instituciones, la doctrina de la divergencia se enfrentó a la clasificación de los conceptos jurídicos indeterminados, en conceptos de valor y de experiencias; estos hacen referencia a la apreciación de los hechos que hace la administración, a los cuales podría efectuarse un tipo de control de hechos determinantes, pues como dijimos la realidad es una sola; y aquellos referencian juicios de valor que hace la administración, que no pueden ser controlados exclusivamente con la apreciación de los hechos, en la medida que estos juicios pueden ser políticos, técnicos, económicos, etc., y propios de la sede de la administración, por ello que se parta primeramente de una presunción positiva, que al ser desvirtuada a gracia de su aproximación con la arbitrariedad o el error, el juez puede controlarlos<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décima tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006. Pág. 466,467. La estructura del concepto jurídico indeterminado como –enseñan Enterría y Fernández- se conforma de un núcleo fijo o zona de certeza (begriffkern), configurado por datos previos y seguros; una zona intermedia o de incertidumbre denominada <halo del concepto> (begriffhof), más o menos precisa, y, una zona de certeza negativa. El ejemplo que toman los autores es el siguiente: “la zona de certeza del justo precio de una casa puede situarse en diez mil pesetas; la zona de imprecisión puede estar entre diez y quince mil pesetas y la zona de certeza negativa de quince mil pesetas hacia arriba; otro ejemplo, puede ser trastorno del orden público, la zona de certeza o núcleo fijo es claro, el halo del concepto, más difuminado y la zona de certeza negativa es el orden mismo”.

<sup>110</sup> Ibíd. Pág. 20, 21. Dice VELASCO que “También la jurisprudencia se ha encargado de precisar a qué aspecto del juicio cognitivo se refiere el margen de apreciación, así lo expresó v.g. la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2010 (EDJ 2010/290641), que afirmó que <como tiene declarado la citada STS de 15 de diciembre de 2003>, la utilización de conceptos jurídicos indeterminados por las normas reglamentarias y, en concreto por las Ordenanzas municipales, es no sólo posible y constitucionalmente lícito sino habitual e inevitable, con el límite de que su concreción sea factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. En definitiva supone una técnica en la que, **junto a las zonas de certeza positiva y negativa, se distingue un llamado <halo o zona de incertidumbre> en relación con el cual es también posible la concreción inicial por parte de la Administración y el definitivo control jurisdiccional mediante la aplicación de los criterios propios de la interpretación normativa**> ( en términos idénticos la sentencia de nuestro Alto Tribunal de 23 de noviembre de 2010, EDJ 2010/251902, y otras), consistiendo el margen de apreciación en lo que se refiere a los conceptos jurídicos indeterminados en elementos normativos < a concretar, en cada caso, atendiendo a las circunstancias de hechos concurrentes puestas en relación con la

Tenemos entonces que en la doctrina de la divergencia los conceptos jurídicos de experiencia serían controlados por la apreciación de los hechos, y los conceptos jurídicos de valor, aunque partirían de una presunción favorable del actuar de la administración, por ser errados y arbitrarios esos juicios habría la posibilidad de controlarlos<sup>111</sup>. Al respecto consideramos que si bien la doctrina de la divergencia sale ilesa de esa clasificación, da razón implícitamente de que la técnica de los hechos determinantes es en últimas un control de elementos reglados, así como la técnica de los principios generales del derecho, pues, cómo determinar si los juicios de valor son errados y arbitrarios, sino, con la confrontación que se haga de estos con los principios del ordenamiento jurídico y los fines estatales, desembocando en la causal de desviación de poder<sup>112</sup>.

Los conceptos jurídicos indeterminados se camuflan en dos perspectivas, la primera hace referencia a estos como elementos reglados que admiten una única solución justa, controlable tal como acontece con una potestad reglada, que implica un proceso de constatación, de subsunción de un hecho a una norma general, la segunda, es admitir que entre el extremo positivo y negativo de la concreción de un concepto jurídico indeterminado se encuentra en el medio una zona de incertidumbre o halo del concepto que admite por su condición un margen de apreciación para la concreción del concepto a la administración, que no es volitivo sino cognitivo, específicamente hablando de los conceptos de valor.

En la doctrina de la divergencia los conceptos jurídicos indeterminados como conceptos de valor determinan la existencia por parte de la administración de un margen de apreciación dentro del cual podrá actuar, margen que otorga una “*presunción de acierto dentro del halo del concepto*” no significando la exclusión total del control del juez, lo que significa que no puede concebirse como

---

*distinta normativa aplicable*> (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006, EDJ 2006/43045), sin que, por otra parte, las circunstancias de hecho sean, en todo caso, entes de la realidad pues como precisa también el Tribunal Supremo < *los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser de experiencia o conceptos de valor; respecto de los primeros, que se ventilan en la apreciación de hechos, la competencia de control jurisdiccional es ilimitada, los segundos, que no se controlan exclusivamente con la apreciación de los hechos, sino que implican juicios de valor, que pueden ser técnicos (<impacto ambiental>, <opción más recomendable>, < solución óptima>, <alternativa óptima>,...) proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración una cierta presunción a favor de su juicio, que se entiende realizado, en principio, desde una posición formalmente objetiva y en virtud de medios técnicos y de criterios políticos que, en la práctica, sólo negativamente, cuando el error o la arbitrariedad puedan ser positivamente demostrados, pueden ser controlados jurisdiccionalmente, lo que, en cualquier caso y como es fácil deducir, permite en esos casos afirma un tratamiento similar al propio del acto discrecional técnico*> (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2008, EDJ 2008/66996)” (negritas y cursiva en el texto original)

<sup>111</sup>El maestro Enterría en su obra “Jueces, Democracia Y Control Judicial” expone contundentemente la diferencia entre conceptos de experiencia y de valor, los primeros son aquellos conceptos que se fundamentan en la apreciación de los hechos, siendo la competencia de control del juez ilimitada; los segundos, como su nombre lo infiere no solo parten de la apreciación de hechos, sino que implican un juicio de valor técnico o político, técnico como (impacto ambiental), político (interés público), (utilidad pública), este juicio goza de presunción, y sólo en la medida en que se identifique la existencia de arbitrariedad o error en la consecución del juicio de valor, pueden ser controlados por el juez

<sup>112</sup> Esta conclusión teórica genera varias complicaciones al partir del extremo contrario, es decir, al entender como lo haremos en el capítulo segundo de este escrito que los conceptos jurídicos indeterminados y la potestad discrecional no son disimiles, por el contrario, pueden acoplarse perfectamente dando lugar a la DISCRECIONALIDAD AUMENTADA.



un espacio de inmunidad jurisdiccional, porque es posible su control, por más amplio que sea su halo de concepto, ya que al provenir estos conceptos del mismo ordenamiento jurídico es una “cuestión jurídica”<sup>113</sup>, ahora bien, como se someten a la doctrina de las presunciones deberá ser objeto de comprobación ante el juez que la decisión que toma la administración con base en un concepto jurídico indeterminado de valor es arbitraria y contraria al ordenamiento jurídico, sólo así, es admisible el control jurisdiccional que hará el juez de lo contencioso.

La presunción objetiva construida en el ámbito de apreciación en los conceptos de valor, puede ser atacada ante el juez, puede desvirtuarse y anularse la estimación que la administración ha hecho, para la doctrina de la divergencia el concepto indeterminado es perfectamente controlable en sede judicial, como ocurre con cualquier otra interpretación de la ley que la administración pudiese hacer, este control que realiza el juez es un mero ejercicio de la función que la constitución misma ha establecido.

Y por ser controlada la decisión de la concreción del concepto del concepto jurídico indeterminado, especialmente, en los conceptos de valor, cabría la posibilidad de pensar que el juez en la realización de su actividad sustituya la decisión de la administración por la suya; ante esta tesis la doctrina de la divergencia responderá negativamente, se considerará, que, aunque el margen de apreciación del concepto puede ser amplio, siempre es iluminado por el núcleo del concepto indeterminado, así que, se debe tener presente la esencia del concepto, no puede extenderse de aquel. A diferencia de Nieto considera Enterría que en este caso de control del juez de la actuación de la administración con base en un concepto jurídico indeterminado, no existe suplantación de la decisión de la administración por la decisión del juez-

*“para apurar más esa explicación lumínica, podemos ejemplificar, por ejemplo, el concepto jurídico-penal de < nocturnidad> - con el que ya pasamos desde la metáfora al fenómeno físico de la luz-Para aplicar el concepto será preciso determinar si se da o no se da en el caso concreto, y aunque la ambigüedad sea patente en los momentos del amanecer y del atardecer, el juez tendrá que decidir objetivamente, y en función de los hechos (nunca por su propia y libre decisión como se comprende), si la nocturnidad podía o no (<juicio disyuntivo>) estimarse presente en el momento preciso de los hechos, sin que quepa más que una sola solución justa”*

*(...) “por último, conviene notar, y esto es muy importante en el plano de los principios, que el juez controla la aplicación del concepto legal indeterminado tanto si estima la impugnación contra la interpretación inicial que del mismo ha hecho la Administración, anulándola, como si la desestima, esto es, si entiende que la Administración ha actuado correctamente por moverse dentro del espacio del legítimo <margen de apreciación> (solo si el recurso de declararse inadmisibile no habría control, pero sí lo hay si el recurso se desestima, tras la entrada en el fondo). El control anulatorio se producirá únicamente en cuanto los límites de ese margen de apreciación se entienda que han sido transgredidos. No se trata, pues,*

---

<sup>113</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, Jueces y control de la administración. Ed. Civitas. 5a ed. Ampliada. Madrid. 2000. Pág. 141,142

*de que el juez sustituya apodócticamente la estimación que ha hecho la Administración por la suya propia, sino de identificar si ésta ha transgredido los límites que la Ley ha querido imponerle al establecer el concepto jurídico indeterminado de que se trata. Es, pues, propiamente, en la mayor parte de los casos, aunque sobre esto vamos a volver, un control legal negativo y en modo alguno, como se pretende, un control político o un control con criterios políticos aplicado por un órgano al que falta competencia en este campo”<sup>114</sup>*

La tesis alemana de la “reducción a cero” explica el papel del juez al momento de decidir sobre la anulación de aplicación del concepto jurídico indeterminado por la administración, refiriéndose que no se trata de una sustitución de la decisión que surta el juez por encima de la administración, sino que el juez reduce a cero las posibles alternativas o el ámbito de elección de la administración, bien cuando entran en juego derechos fundamentales y otras reglas constitucionales, o, en el caso de omisión y extralimitación de funciones (art. 6 CN), o ya sea, cuando de las decisiones a tomar aparece una que resulta ser más justa que la otra<sup>115</sup>

Afirmaran Enterría Y Fernández, que la dificultad de encontrar la solución justa se concreta en la zona de imprecisión o halo del concepto, allí, donde se ubica el margen de apreciación (beurteilungsspielraum) a favor de la administración, conforme lo revela la doctrina alemana. Pero- advierten- que este margen de apreciación no da entrada a la libre voluntad de la administración, pues, si así fuera, se estaría en terrenos de la discrecionalidad, lo que significa que el margen de apreciación o halo del concepto es sólo un ámbito cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos y supone reconocer la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa y, todo lo más, el otorgamiento a la Administración del beneficio de la duda<sup>116</sup>

El núcleo del concepto da a entender la existencia de una zona de total certidumbre y seguridad en el entendimiento y concreción del concepto, debido a su significado originario configurado en

---

<sup>114</sup> Ibíd. Pág. 248

<sup>115</sup> Ibíd. Pág. 252 Dice Enterría al respecto : “esta reducción a cero se produce, o bien cuando entran en juego derechos fundamentales y otras reglas constitucionales, o cuando se trata de obligaciones legales de intervenir y la Administración se abstiene, o cuando el proceso mismo se limita a una comparación precisamente entre dos alternativas, de las cuales una, en efecto, es <más justa> que la otra: por ejemplo, resolución de ciertas adjudicaciones concesionales o contractuales, o de concursos entre dos personas, o a otorgar o denegar una licencia de farmacia por razones de interés público, o al balance costes-beneficios en la determinación de una determinada medida, incluida la utilidad pública o necesidad de ocupación de una obra o a efectos de expropiación forzosa, o cuando se trata de la eliminación de una arbitrariedad, que deja presente la regularidad de la pretensión desestimada, etc.” Recalcando- “se trata, como se ve, de una hipótesis relativamente abierta, no tan excepcional como podría pensarse, que el tráfico administrativo presenta de forma relativamente frecuente” (pág.311, 312) Este es un asunto que conduce al debate del alcance de los límites de la plena jurisdicción en la doctrina francesa, en la medida de permitir que el tribunal sustituya la decisión más allá de sólo anularla.

<sup>116</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décimo tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006. Pág. 467

datos previos y seguros, por otro lado, el halo del concepto, zona que rodea el núcleo por consiguiente para su concreción debe acudir a la extensión del núcleo<sup>117</sup>.

El control jurisdiccional del concepto jurídico indeterminado significa comprender además del antagonismo con la discrecionalidad administrativa, que aunque el concepto sea indeterminado, el problema de la administración frente a estos, es un problema cognitivo, de interpretación, de constatación, pues, es una situación de aplicación del derecho, donde no puede escapar la concreción del concepto a una realidad que es única. Esta es la posición central en la que concluye la doctrina de la divergencia.

Como refiere HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ-

“En suma, para GARCIA DE ENTERRÍA es posible encontrar la “única solución justa” aun en aquellos eventos en que se aplica un concepto jurídico indeterminado a un caso ubicable en su zona de incertidumbre. Así, afirma que en la aplicación de este tipo de conceptos la Administración no dispone de discrecionalidad para apreciar libremente su alcance. A su entender, la calificación de un concepto jurídico indeterminado en una circunstancia concreta sólo puede ser una: o se da o no se da el concepto (a título de ejemplo, o se da o no la buena fe en el negocio, o se obra o no como un buen padre de familia), y eso es lo que le deferencia de la facultad discrecional, caracterizada por la pluralidad de soluciones justas posibles al ser ejercitada, lo que supone libertad de elección atendiendo a criterios extrajurídicos no fiscalizables judicialmente

(...) “En consecuencia, para GARCIA DE ENTERRÍA frente a este tipo de supuestos la Administración no ejerce facultades discrecionales, sino apenas “el privilegio posicional de la decisión previa”, del cual se desprende “una presunción puramente formal de legalidad”, que siempre puede ser controvertida ante el Juez pudiendo éste considerar desvirtuada dicha presunción cuando obren suficientes elementos probatorios para estimar como “solución más justa” la apreciación contraria del concepto efectuada por el recurrente, con lo cual el Juez “ no está más que aplicando la Ley que ha enunciado dicho concepto (...) de ningún modo puede pretenderse que está entrando en un ámbito político que

---

<sup>117</sup> MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá- Colombia, 2007, págs. 207, 208. Explica este autor que existe cierta discrepancia en cuanto a la estructura lógico-formal del concepto jurídico indeterminado, si esta es bizonal o trizonal “pero sea como fuere, ello no parece que varíe en lo esencial la concepción de dicha estructura. BACIGALUPO refiere que la discusión podría sintetizarse en que en lugar de hablarse del núcleo (*Begriffskern*) y del halo del concepto (*Begriffshof*), como lo hacían HECK y JESCH, actualmente se vuelve a hablar con alguna frecuencia, como lo hiciera en su momento WALTER JELLINEK, de sus dos zonas de certeza (positiva y negativa) y de su zona intermedia de incertidumbre, o- de acuerdo con la terminología empleada por la filosofía analítica del lenguaje- de las tres zonas de los candidatos positivos, candidatos negativos y candidatos neutrales. Pero lo realmente relevante es que, en todos los caso, se parte de la base de que en los conceptos jurídicos indeterminados existe siempre, junto a una o dos zonas de certeza, una zona o un halo de incertidumbre o de vaguedad en el que el concepto no permite discernir, como más atrás apuntábamos, si es o no aplicable a los objetos comprendidos en ella”.

sólo los representantes democráticos podrían valorar”. En fin, concluye este autor, “(E)l control judicial de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, por amplio que sea el “halo del concepto” (...) es siempre posible”<sup>118</sup>

El criterio intelectual o cognitivo de los conceptos jurídicos indeterminados es la razón propia que posibilita que el juez controle la decisión de la administración ya que ésta pudo haber equivocado su juicio<sup>119</sup>, el juicio intelectual por más amplitud de la zona de incertidumbre implica que le asiste un deber a la administración de hallar la única solución justa posible, y de no hacerlo, se posibilita al juez para que controle la decisión, permitiéndose su sustitución, sin que esto signifique el quebrantamiento del principio de la separación de poderes, ni la lesión de la democracia, pues, el concepto jurídico indeterminado es un caso de aplicación de la ley a un hecho. Con la clara concepción de un límite que consiste en que de no ser posible probatoriamente establecer la decisión más justa, se le niega posibilidad alguna al juez de lo contencioso.

Al respecto explica HUGO MARIN HERNANDEZ en cuanto a la posición del maestro español y la doctrina del margen de apreciación, que -

“ GARCIA DE ENTERRÍA acude para explicar la que denomina “doctrina del margen de apreciación” a la distinción, dentro de la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, entre *conceptos de experiencia*- que se controlan por la apreciación de los hechos – y *conceptos de valor*- que implican juicios de valor, que pueden ser técnicos (como “impacto ambiental”) o políticos (como el de “interés público”)—Frente a los primeros, “la competencia de control del Juez es ilimitada”, mientras que los segundos “proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la Administración una cierta presunción a favor de su juicio, que se entiende realizado, en principio, desde una posición formalmente objetiva y en virtud de medios técnicos y de criterios políticos que, en la práctica , sólo negativamente, cuando el error o la arbitrariedad pueden ser positivamente demostrados, pueden ser controlados por el Juez”. Clave para este autor resulta entonces el que la posibilidad de control judicial está siempre abierta, manteniéndose la cuestión en el terreno de lo jurídico, toda vez que los límites y/o posibles excesos de la Administración pueden ser acreditados probatoriamente, de manera que si la prueba da pie para ello – aunque conseguirlo en oportunidades resulte complicado- el Juez puede y debe declarar injustificada y anular la estimación hecha por la Administración

Para OTTO BACHOF los conceptos de valor no responden al principio de unidad de solución justa, habida cuenta que en su aplicación a un mismo supuesto diversos operadores jurídicos podrían llegar a soluciones disímiles pero igualmente sostenibles, lo cual resulta explicable si se tiene en cuenta que se trata de conceptos que remiten a un juicio valorativo del intérprete. No ocurrirá lo mismo tratándose de los juicios de experiencia, respecto de los cuales sí tendría

---

<sup>118</sup> Ibíd. Pág. 212

<sup>119</sup> Ibíd. Pág. 213

operatividad el principio de unidad de solución justa, aunque “dada la dificultad de *reconocerla* - con seguridad suficiente- que se deriva, en los casos dudosos, de los límites intrínsecos a los que está sometida la capacidad *cognitiva* del aplicador de la norma, restaría en su aplicación un inevitable ámbito de juicio” (cursiva en el texto original). También en la doctrina alemana, FORSTHOFF admite que en relación con los conceptos de valor existe una cierta discrecionalidad y que los mismos se oponen a los empíricos que, por el contrario, sí son plenamente controlables como quiera que las operaciones lógicas necesarias para darles contenido no constituyen ejercicio de facultad discrecional alguna. Tratándose de éstos, la norma jurídica no deja a la Administración la posibilidad de elegir entre varias alternativas de comportamiento, pues, al contrario, su punto de partida es que sólo existe un comportamiento que responde a sus fines. En cambio, la situación es diversa cuando se aplican conceptos de valor, que no es que sean susceptibles de interpretación discrecional, sino que, a efectos del control judicial de su aplicación, los alcances del mismo se aproximan a los del control de facultades administrativas discrecionales”<sup>120</sup>

Tenemos en conclusión en este apartado- aunque volveremos en los capítulos siguientes sobre el tema, por no existir posturas pacíficas- que el control de forma y de fondo admitido en la doctrina española encabezada por las enseñanzas del maestro García de Enterría, seguidas por tomas Ramón Fernández, Fernando Sainz moreno, y referidas en argentina por Agustín gordillo, Juan Carlos Cassagne, y en Colombia por Gustavo Penagos y actualmente por Hugo Alberto Marín Hernández, y contenidas en las decisiones de los tribunales de justicia Español, parten del reconocimiento de una barrera infranqueable que hace diferente a los conceptos jurídicos indeterminados de la potestad discrecional, pues, en ésta se reconoce la existencia de criterios de no posible control jurisdiccional, por estar inserto en la norma un reenvío normativo a criterios extra jurídicos, admitiéndose a la administración actuar con propia voluntad (elemento volitivo), quedando así criterios de oportunidad y conveniencia por fuera de algún tipo de control, por no ser posible la sustitución de la decisión administrativa en vía judicial; de igual modo, se entiende que la discrecionalidad bajo la órbita del principio de mensurabilidad que forja la condición no ilimitada y absoluta de las potestades administrativas, dando lugar a la tesis del reconocimiento de elementos reglados en los actos discrecionales, entre estos: el Fin, de ese modo fue un hecho la particularización del principio constitucional de la interdicción a la arbitrariedad<sup>121</sup>; las resultas de

---

<sup>120</sup> Ibíd. Págs. 224 y 225

<sup>121</sup> Aunque en el cuerpo normativo de la constitución política de 1991 no se encuentre expresamente este principio contenido en la constitución española de 1978 en el artículo 9.3, si podemos inferirlo de una interpretación sistemática de la constitución colombiana y las orientaciones provenientes del principio del estado de derecho contenidas en el artículo primero y noventa de la norma fundamental. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-545 de 2005 al estudiar el fundamento de inconstitucionalidad contra el artículo 25 del decreto 01 de 1984 se referirá al principios de proscripción de la arbitrariedad en los siguientes términos: “La exclusión de responsabilidad a la que se refiere el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo hace relación, en concreto, al contenido del concepto emitido en respuesta del derecho de petición. Del contenido del concepto emitido, insiste la Corte, no es posible derivar responsabilidad patrimonial alguna para la entidad que lo emite. Ello no significa que las autoridades públicas puedan actuar de modo arbitrario. En virtud de la cláusula del estado de derecho contenida en el artículo 1º de la Constitución Nacional, está vigente en Colombia el principio fundamental de interdicción de la arbitrariedad

los elementos reglados en la discrecionalidad, fue un control de forma, y en la idea de posibilitar un control más amplio, especialmente, de tipo sustancial o material la doctrina de la divergencia a partir de los pronunciamientos del consejo de Estado Francés y la doctrina Alemana, propuso las técnicas de control por los hechos determinantes y los principios generales del derecho.

En la modalidad de control de fondo de la discrecionalidad administrativa, en las cuales se ubican estas dos últimas, se hayan los conceptos jurídicos indeterminados; que por su acercamiento a la discrecionalidad administrativa, serán diferenciados rotundamente en la posición de Enterría, al reconocer que este tipo de conceptos en su aplicación están enlazados a un juicio disyuntivo (*tertium non datur*), a condición de que el concepto jurídico indeterminado solo admite una respuesta justa la cual la administración deberá identificar a priori de tomar la decisión respectiva, como es solo admisible una única respuesta justa, el juez podrá controlar las decisiones de la administración que broten de estos conceptos, ahora bien, se señalara como estructura lógica de los conceptos jurídicos dos extremos opuestos, uno positivo, otro negativo y en el medio un halo de duda o de incertidumbre, denominado *halo del concepto* que cobra mayor importancia en los casos de los conceptos jurídicos indeterminados de valor, pues, en estos conceptos aunque la administración no actúe volitivamente, si lo hace cognitivamente, lo que implica hacer un proceso de interpretación de la norma que contiene este concepto, lo que resulta siendo desestabilizante para la postura que admite una única respuesta justa en los conceptos jurídicos indeterminados, pero que será contenida, al afirmarse que en esta clase especial de conceptos se ejerce un acto intelectual-cognitivo y no volitivo, por parte de la administración. En el caso de aquellos, el juez podrá controlar y sustituir la decisión siempre y cuando sea desvirtuada la presunción (*iuris tantum*) que engloba los conceptos de valor.

Partiendo de la doctrina que sostienen divergencias entre los conceptos jurídicos indeterminados y la potestad discrecional, se considera que los conceptos de esta categoría, pueden ser objeto de control en ambas modalidades; en los conceptos de experiencia, al realizarse un mero proceso de

---

*de la administración". Véase también: Sentencia T-982 de 2004, C- 318 de 1995. A su vez en sentencia 11001-03-26-000-2000-00020-01(18059) de fecha 30 de noviembre de 2006. De la sección tercera sala de lo contencioso administrativo M.P. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, se señaló "En el seno de un Estado de Derecho, las decisiones de la Administración, a la que se encomienda la gestión de los intereses generales, no pueden adoptarse por mero capricho o siguiendo el libérrimo arbitrio del decisor de turno. La salvaguarda de esos intereses generales obliga a sus gestores a decidir, por imperativo constitucional, con acatamiento de los principios de objetividad e interdicción de la arbitrariedad -artículo 209 de la Constitución Política. Ello implica que la elección entre las diferentes alternativas que la discrecionalidad comporta debe realizarse atendiendo a criterios objetivos, fijados en sede aplicativa por la autoridad administrativa en cuanto no previstos por la norma (que por tal razón ha dejado abierta la posibilidad de opción entre una o varias consecuencias jurídicas). De ahí que resulte mucho más acorde con la función constitucionalmente encomendada a la administración en un Estado de Derecho, sostener que la discrecionalidad administrativa consiste en habilitación para completar el supuesto de hecho de la norma habilitante. (...) Esta concepción de la discrecionalidad administrativa es, a juicio de la Sala, la que ajusta la figura en cuestión a las exigencias constitucionales en el sentido de que la actuación administrativa debe siempre responder a criterios objetivos (obligación que por supuesto no decae en los casos en los cuales tales criterios no vienen predeterminados por la ley dada la escasa densidad regulativa de la misma), proscribiéndose la adopción de decisiones arbitrarias —artículo 209 de la Constitución Política".*

subsunción, de silogismo jurídico por la administración, el control jurisdiccional será tanto un control sobre los elementos reglados a través de control de forma como sobre la decisión misma que es un control de fondo. Lo que ocurre en los conceptos jurídicos de valor, será algo más difícil de determinar, debido al margen de apreciación que encierra estos conceptos, allí, se admitirá un control de forma y de fondo, pues aunque la administración goce de un margen amplio para la concreción del concepto, este es un elemento intelectual –cognitivo, no absoluto e ilimitado a suerte que la determinación del concepto debe encajar en el fin (elemento reglado) o en los principios del ordenamiento jurídico, con el objeto que se no se torne en arbitraria, pero este control estará supeditado al proceso de desvirtuar la presunción (*iuris tantum*)

Como puede inferir el lector, a esta instancia no es muy contundente la separación que hace la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados de la discrecionalidad, pues, lo que a comienzo parecía ser un resultado lógico y necesario, se van dilatando, además, que no resulta del todo claro y efectivo señalar como se hace en la doctrina referida anteriormente, que el derecho encierre una única respuesta correcta, sino tal vez se trate de la *solución más racional posible que no es ni la única ni cualquiera*.

## **SECCION 2. LAS CONVERGENCIAS ENTRE POTESTAD ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL Y EL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO**

Establecer la existencia de una única respuesta justa en el derecho, no es tarea nada fácil hasta el punto que puede resultar imposible, pues, de haberla, se tendría que sostener que el juez al fallar está en el deber jurídico de descubrirla, a suerte que el proceso judicial se tornaría en una acción de descubrimiento, lo cual no es muy probable de demostrar, más aún, cuando hemos notado en el apartado anterior, que le es imposible al legislador prever todos los hechos en que puede recaer la administración, teniendo en esa razón la potestad discrecional su existencia. Ahora bien, puede ser ¿qué los conceptos jurídicos indeterminados, admitan más de una decisión justa?, ¿qué en su concreción puedan contarse factores volitivos de la administración? La respuesta a ambos interrogantes es afirmativa, dedicándonos en este apartado a sostenerlo, pues, ambas herramientas se plasman en una disposición jurídica determinada, de la cual puede brotar varias normas jurídicas, y a razón de ello, pueden existir más puntos de convergencia que de divergencia (como vimos en la sección anterior), infiriendo que tanto en los conceptos jurídicos indeterminados como en la potestad discrecional, la administración goza de un margen amplio de decisión (no ilimitada y absoluta) que se ajusta al principio de juridicidad, no habiendo razón jurídica para *temer por la arbitrariedad* en la convergencia entre ambas herramientas.

### **A. UN MARGEN DE DECISION PLURAL PARA LA ADMINISTRACION**

Las divergencias entre ambas figuras jurídicas, se sustentan en el hecho de poder determinar con cierta certeza la *justa solución* que se encuentra en las normas jurídicas que encierran conceptos jurídicos indeterminados, pero, hasta qué punto esto puede ser cierto, y aún sustentable, pues, la justicia ha sido el gran cuestionamiento no resuelto durante muchas décadas, al cual han dedicado gran parte de su vida pensadores ilustres, con el fin de lograr a través de una definición racional hallar el “verdadero” significado de la justicia, lo cual no han logrado como denota el gran maestro Aleman HANS Kelsen.

Para KELSEN no ha existido y tal vez, sea imposible en el mundo del orden social y jurídico responder a la pregunta ¿Qué es la justicia?, o por lo menos lo es, acudiendo a métodos que pretenden una justificación racional que irradie un valor objetivo, universal y absoluto de la justicia, pues, la definición que se alcance de la ella solo puede obedecer a un aspecto subjetivo, que depende del lugar, las condiciones, el modo, el momento histórico, dando como resultado un concepto relativo.<sup>122</sup>

Estas apreciaciones del Vienes, resaltan un cuestionamiento que puede hacerse a las posturas descritas en el apartado anterior.

Cómo es posible en el proceso de concreción de un concepto jurídico indeterminado (especialmente en los de valor) exigir a la administración “DESCUBRIR” la única y justa respuesta que supuestamente encierra estos conceptos, de esta suerte, de descubrimiento se otorgar al juez la posibilidad de controlar las decisiones y poderlas hasta sustituir, creando para la administración una sujeción no solo a la ley sino al pronunciamiento judicial.

KELSEN reconoce que la justificación de la justicia en el orden social sólo puede darse a través de juicios de valor que resultan ser subjetivos, pues, aquellas posturas que pretendieron dar una justificación absoluta y universal (posturas metafísicas, derecho natural teológico y racionalista), caen en una contradicción notoria, más aún, cuando el método absolutista del que parten no se compadecen con el método relativista que es el único que permite una comprensión clara del fenómeno de la justicia. -En lo que aquí nos ocupa- la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados no pueden encerrarse en cláusulas racionalistas, sino por el contrario, debe reconocerse la existencia de criterios subjetivos en cabeza de la administración que permitan lograr su concreción.

“El hecho de que los verdaderos juicios de valor sean subjetivos y que por lo tanto sea posible que existan juicios de valor contradictorios entre sí, no significa en ningún caso que cada individuo tenga su propio sistema de valores. En realidad, muchos individuos coinciden en sus juicios valorativos. Un sistema positivo de valores no es la creación arbitraria de un individuo aislado sino que es siempre el resultado de influencias individuales recíprocas dentro de un grupo dado (familia, raza, clan, casta, profesión) bajo determinadas condiciones económicas. Todo sistema de valores y especialmente un orden moral, con su idea central de justicia, es un fenómeno social y por lo tanto, diferente según la naturaleza de la sociedad en la que aparece. El hecho de que ciertos valores sean en general reconocidos dentro de una determinada sociedad es compatible con el carácter subjetivo y relativo de los valores que afirman estos juicios. El que varios individuos coincidan en un juicio de valor no prueba en ningún caso que este juicio sea verdadero, es decir que tenga validez en sentido objetivo. Lo mismo que el hecho de que muchos hayan creído que el sol giraba alrededor de la tierra no prueba en absoluto que esta creencia esté fundada en la verdad. El criterio de justicia lo mismo que el criterio de verdad aparece con muy poca frecuencia en los juicios de realidad y en los de valor. A menudo, en la historia de la civilización

---

<sup>122</sup> KELSEN, Hans. ¿qué es la Justicia? Ed. Fontamara. México. 1991. Pág.75.83



humana, juicios de valor aceptados por la mayoría han sido desplazados, por otros juicios de valor más o menos opuestos aunque no por eso menos aceptados. Así, por ejemplo, las sociedades primitivas consideraban que el principio de la responsabilidad colectiva (la venganza de sangre, por ejemplo), era un principio absolutamente justo. Por el contrario, la sociedad moderna afirma que el principio opuesto, o sea el de la responsabilidad individual, es el que mejor responde a las exigencias de una conciencia recta. Sin embargo, en ciertos campos, como por ejemplo el de las relaciones internacionales, el principio de responsabilidad colectiva, y en el terreno de las creencias religiosas, la responsabilidad hereditaria, el pecado original- que es también una especie de responsabilidad colectiva- no son incompatibles con los sentimientos del hombre actual. Tampoco es absolutamente imposible que en el futuro- si el socialismo llega al poder- vuelva a ser considerado como moral en el campo de las relaciones internacionales un principio de responsabilidad colectiva independiente de toda concepción religiosa”<sup>123</sup>

Reconocer que la concreción de un concepto jurídico indeterminado específicamente de aquellos que encierran condiciones de valor puede lograrse a través de un elemento volitivo<sup>124</sup>, no debe ser “arbitrario” como lo pretende señalar la doctrina de la divergencia, que como vimos solo reconoce un criterio intelectual en la concreción de estos conceptos. La volitividad de la conducta de la administración en el proceso de concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, es precisamente, un proceso de justificación y en ese sentido, la justificación puede conducir a varios caminos -o mejor- a varias soluciones justas, como acontece con la actuación administrativa discrecional. ***Este es, pues, el punto de encuentro que existe entre ambas figuras.***

El que exista una solución justa implica en que esta deba ser también una solución acorde con la verdad, a menos que justicia y verdad no se relacionen, o que puedan existir más razones que justifiquen que una solución es justa, no porque encierra una única opción, sino que existen variadas opciones que resultan ser razonables.

Se puede entender que la justicia está acorde con la verdad cuando ésta se la tiene que descubrir en nombre de aquella, pero tanto la verdad y la justicia varían según el “escenario” donde se sitúen, es muy diferente hallarlas en la teología, en la metafísica, en la ciencia, etc. Lo dicho no es un secreto para ninguno, existe en la historia de la humanidad una línea transversal que refleja luchas en nombre de una verdad y justicia que no se sabía a ciencia cierta si lo eran (y al final no

---

<sup>123</sup> Ibíd. Pág. 27,28

<sup>124</sup> Nos dice Kelsen “Aunque la pregunta acerca de cual sea el valor supremo no puede ser contestada racionalmente, el juicio subjetivo y relativo con el que en realidad se responde a la misma, es presentado por lo general como una afirmación de valor objetivo, o lo que es lo mismo como norma de validez absoluta. Un rasgo característico del hombre es el sentir una profunda necesidad de justificación de su conducta: el tener una conciencia. (...) La necesidad de justificación o de racionalización es quizás una de las diferencias que existen entre el hombre y el animal. La conducta externa del hombre no difiere mucho de la del animal: el pez grande como al pequeño, tanto en el reino animal como en el humano. Pero cuando un “pez humano”, movido por sus instintos, se conduce de esta manera, procura justificar su conducta ante sí mismo y ante los demás y tranquilizar su conciencia con la idea de que su conducta con respecto al prójimo es buena” Ibíd. Pág. 29, 30

se supo), las cruzadas, las ordalías, los sacrificios a los dioses, las guerras santas, el nacionalismo extremo, el fanatismo, son algunos ejemplos.

La justicia y la verdad se caracterizan y comparten un punto en común: ambas son instituciones que idealizan y potencializan lo ABSOLUTO, lo unívoco, lo correcto (a menos que acojamos la tesis relativista de Kelsen). De tal modo, la verdad y la justicia se constituyen en el sustento de decisiones absolutas, unívocas y correctas. Lo más curioso de la humanidad es que lo absoluto de la verdad y la justicia se obtuvo por métodos muy poco objetivos como las razones metafísicas, las creencias, o los dogmas religiosos, o por métodos demoledores de la conciencias a favor de la sumisión, como fue la violencia extrema o el exterminio racial.

En el derecho, la justicia y la verdad, se presentaron como argumentos a favor y en contra de este campo de conocimiento, se habló de un derecho justo en yuxtaposición de un derecho injusto, de la verdad del contenido del derecho, de la diferencia entre un derecho con contenido idealizado y justificado por las corrientes iusnaturalistas a un mero derecho formal del positivismo, o de una decisión justa y unívoca como prerrogativa del juez (Dworkin).

Corrientes filosóficas invocaron cuestiones de corrección, justicia y rectitud del derecho, con el objeto de determinar si el derecho impuesto por las autoridades era un derecho justo y correcto.

Puede tenerse dos escenarios claros obtenidos de preguntarse, cuándo hay verdad y justicia en el derecho; la primera respuesta, propone que la verdad y la justicia lo son en cuanto lo diga el derecho y quien tome la decisión sea competente por las leyes para hacerlo, lo injusto es lo no acorde con el derecho impuesto, por lo tanto será lo no cierto; una segunda respuesta transita en reconocer un contenido material del derecho formal del positivismo, diferenciando ley del derecho, apartándose de las consideraciones que el derecho es ley, abriendo paso a la jurisprudencia, e invocando unas normas superiores orientadoras de la producción y aplicación de las normas creadas por los hombres, el derecho justo será el que se ajuste a estas meta normas defendidas por iusnaturalismo teológico o racionalista. Presentados los dos extremos, nació una tercera respuesta, que logra asociar la tesis positivista de la separación con la tesis del relativismo valorativo, afirmando que las escalas de medida del derecho correcto es de naturaleza subjetiva, de modo que las declaraciones del derecho no son cognitivas sino intelectivas, actos de voluntad, deseos, criterios o preferencias, por lo que no deben ser ni demostradas ni fundamentables racionalmente.<sup>125</sup>

Los dos extremos, se vician por su extrema percepción del derecho justo y correcto, por un lado, que el derecho sea justo y correcto en la medida que se impone por un órgano *competente* lo torna en un sistema normativo aterrador, la herramienta perfecta para dominar el mundo, pero por el otro lado, la dependencia de las normas objetivas del derecho a razones metafísicas, se constituye en un hecho que atenta contra el principio de seguridad jurídica del derecho positivo.

---

<sup>125</sup> HOFMANN, Hasso. Filosofía del derecho y del Estado. Trad. Luis Villar Borda. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2002. Pág. 24, 25 y ss.

El derecho positivo no puede encerrarse en la cláusula de un derecho exclusivamente formal, debe reconocerse un elemento material dentro de él, que invoca razones de interés público, justicia, reparación, seguridad jurídica, legalidad, sostenibilidad fiscal, etc., de modo que el derecho sea justo en la medida que invoque esas razones objetivas que están expuestas en el cuerpo normativo, el acatamiento del contenido material por los órganos competentes de creación y aplicación del derecho hace que éste pueda ser evaluado desde la sujeción de las formas a lo sustantivo; la conjugación de estos elementos tornan al derecho en justo, con ello se descansa del dogma de lo absoluto de la justicia.

Un derecho justo es un derecho correcto no porque se concilie a la verdad o a valores absolutos e inequívocos, sino porque es válido. A partir de la teoría de la separación que propone la distinción entre el ser y el deber ser, entre verdad y validez, el derecho se torna en justo y correcto porque asume el reconocimiento de unos valores y principios jurídicos y por estar supeditadas las normas de derecho al juicio de validez y no de verdad, lo que aparta todo criterio extra-jurídico que afecta el principio de seguridad jurídica en el que se afianza el derecho positivo como sistema normativo.

El derecho es derecho, no porque haya cumplido condiciones previas de contenido ABSOLUTO como son la justicia y la verdad. Lo es, en cuanto al ser una invención de los hombres como sistema normativo, cumple tanto criterios de validez formal como material. El derecho se torna en correcto y justo acatando el contenido formal y material expuesto en los principios y valores acordados y pactados por los mismos hombres en un texto normativo superior que irradia validez, de manera que la justicia y lo correcto como algo absoluto no es un asunto anterior a su producción.

Las decisiones judiciales, las leyes producidas, y los actos de la administración que vayan en contravía de estos principios y valores jurídicos, deben desaparecer del ordenamiento jurídico no porque sean falsos y no verdaderos, sino porque no son válidos; la solución justa del derecho lo es en cuanto que tenga presente el contenido material y formal del derecho, y no porque sea verdadera y unívoca, de ese modo el derecho se aparta de criterios absolutos.

MANUEL ATIENZA afirma que existe una preocupación jurídica respecto de la posibilidad de la existencia de una única respuesta correcta en varios de los actuales filósofos y teóricos del derecho. Para este autor debe diferenciarse *entre respuesta final y respuesta correcta a un problema jurídico*, la primera, es una condición necesaria de cualquier sistema jurídico, pues, es una exigencia de la certeza jurídica y de rule of law, pero esta respuesta no tiene por qué ser correcta, ni menos aún la única.

Nos dice ATIENZA que según AARNIO la tesis de la respuesta correcta es ambigua<sup>126</sup>, en una versión fuerte significa que existe una respuesta “escondida” en el ordenamiento jurídico que puede ser deducida de premisas axiomáticas y evidentes; en una versión débil, la respuesta

---

<sup>126</sup> ATIENZA, Manuel. “Sobre la Única respuesta correcta”, artículo publicado en la revista Jurídicas del centro de investigaciones socio-jurídicas CIS de la Universidad de Caldas. Colombia. Vol.6 Nro. 2 julio-diciembre de 2009. Pág. 25. En cambio para el maestro Español Atienza debe considerarse la existencia de una única respuesta correcta aunque sea difícil llegar a ella, reconociendo importancia a las posturas de Dworkin Y Alexy y erigiendo el reconocimiento por una pretensión de corrección del derecho.

correcta resulta ser una guía para teóricos del derecho o jueces, resultando problemático desde lo metodológico (¿Cómo encontrar la respuesta correcta?), de lo epistemológico (¿cómo saber que se ha encontrado?) y ontológico (¿existe una respuesta correcta?)— Atienza señala que el filósofo Aarnio niega tanto la versión fuerte como la débil, deduciendo que no existe la respuesta correcta, ni puede saberse si se ha encontrado<sup>127</sup>.

Sea final o correcta, debe existir una respuesta en todos los casos fáciles o difíciles, ningún juez puede negarse a hallarla, es la premisa inicial del RONALD DWORKIN, y en ella se asentará la tesis de la única respuesta correcta como tesis que combatirá la negación del derecho. Para ello, delinea un modelo de procedimiento ético-jurídico en donde los principios hacen parte del derecho, y aunque el contenido del derecho positivo resulte ser incongruente, difuso, indeterminado, contradictorio e incompleto, no se admitirá se tome una decisión discrecional, ni un juicio de oportunidad en el sentido del interés público, debe el juez tomar una decisión correcta que termina siendo justa y unívoca. En ese entendido para Dworkin el juez debe suponer la existencia de una respuesta jurídica, que debe ser la única respuesta jurídica, para ello el juez “hercules” debe acudir más allá de las reglas positivas dirigiéndose a los principios jurídicos<sup>128</sup> orientadores de valoración, del contexto de producción de las reglas, la moral política, el *ethos* social, principios que no se tornan en válidos sino en fundamentables filosóficamente por su naturaleza moral<sup>129</sup>.

ATIENZA, señala que cuando sobre un mismo problema jurídico se proponen dos soluciones basadas en juicios de valor intrínsecos (últimos) incompatibles entre sí, no cabe hablar de respuesta correcta, ya que cada una de estas es correcta dado ciertos criterios, y no hay un meta-criterio que cubra a ambos —

---

<sup>127</sup> Ibíd. Pág. 28. Dice que Aarnio es el “creador de la posición filosófica *convencionalismo relativista moderado*” (convencionalismo en cuanto como lo explica Atienza se reconoce que los juicios morales presuponen convenciones, relativista, en la medida en que los juicios morales objetivos sólo lo son prima facie y moderado, porque Aarnio no considera que los juicios de valor sean simplemente preferencias personales).

<sup>128</sup> De la propuesta de Aarnio, -ATIENZA- nos cuenta que en la tesis de Dworkin puede identificarse - la posición de la existencia de una respuesta correcta, pues, para el filósofo americano los principios hacen parte del derecho, teniendo el juez hércules la capacidad de encontrar respuestas correctas y únicas, - NOS DICE ATIENZA- que Aarnio se cuestiona, en virtud, de qué son los principios parte del derecho, y cómo determinar que la ponderación que hace el juez hércules es la correcta, para eso se necesitaría acudir aún juez súper hércules haciéndose una cadena interminable, además, de tener presente que en últimas existe un elemento subjetivo en las apreciaciones de este juez. Tener presente también la posición de Robert Alexy en “derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” y las refutaciones que hace a las críticas elevadas por Habermas al sistema de ponderación. O de Ronald Dworkin en “igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales” En: CARBONELL, Miguel y García Jaramillo Leonardo (editores). El canon Neo constitucional. Universidad Externado de Colombia. 2010. Págs. 99-109

<sup>129</sup> HOFMANN, Hasso. Filosofía del derecho y del Estado. Trad. Luis Villar Borda. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2002. Pág. 50, 51, y ss.

*“en esa situación, para evitar el caos o la dictadura de ciertas opiniones, lo razonable es establecer un procedimiento de toma de decisiones de tipo democrático, basado en los principios de participación de apertura”<sup>130</sup>*

- Precisa, que la democracia no exige la respuesta correcta, sino la mejor justificación posible-

*“esto es, una solución, una respuesta, que pueda ser aceptada por la comunidad jurídica; no por la comunidad realmente existente, sino por una comunidad ideal (que se guía por las reglas del discurso racional), pero particular (sus miembros no comparten-necesariamente los mismos valores básicos)”<sup>131</sup>*

Esto que refiere el español es lo que conduce a AULIS AARNIO a proponer que frente a un caso difícil, se debe alcanzar una solución y una justificación que sea aceptada por la mayoría, y ésta sea una comunidad jurídica orientada por los principios de la racionalidad, principio regulativo que deben seguir los prácticos y teóricos del derecho en sus razonamientos jurídicos- aclarando el maestro español que- lo que sostiene Aarnio en definitiva es que cuando surgen discrepancias entre valores últimos, es decir aquellos compartidos por quienes pertenecen a una determinada cultura o forma de vida, no existen criterios racionales que permitan seguir discutiendo y, por ello, para no dejar abierto los problemas *“lo único que cabe es orientar la respuesta en el sentido al que llevaría una argumentación racional que adoptara como premisas valorativas las de la forma de vida más difundida en la comunidad de que se trate”<sup>132</sup>*

Las posiciones en relación con la existencia o no de una única respuesta correcta para cada caso difícil pueden ordenarse en una escala que puede reflejarse en las siguientes afirmaciones.<sup>133</sup>

1. Existe una única respuesta correcta, que debe extraerse a partir de los principios del derecho natural
2. Existe una única respuesta correcta que deriva exclusivamente del derecho positivo y de las reglas del método jurídico
3. Existe una única respuesta correcta, pues cuando el derecho positivo y el método jurídico no resultan suficientes, cabe acudir a la opinión de la comunidad en general o de la comunidad de los juristas o de los que gozan de más autoridad
4. Existe una única respuesta correcta, pues el derecho no es sólo un conjunto de reglas, sino una práctica guiada por principios y valores. La respuesta correcta es la que, respetando los materiales jurídicos, proporciona la mejor interpretación posible de los fines y valores que definen la práctica. Atienza ubica en esta postura a Dworkin
5. Existe una única respuesta correcta, pero sólo como una idea regulativa en sentido Kantiano
6. La idea de la única respuesta correcta es simplemente una ficción que, sin embargo, cumple una función útil en el razonamiento jurídico

<sup>130</sup> ATIENZA, Manuel. *“Sobre la Única respuesta correcta”*, artículo publicado en la revista Jurídicas del centro de investigaciones socio-jurídicas CIS de la Universidad de Caldas. Colombia. Vol.6 Nro. 2 julio-diciembre de 2009. Pág. 28

<sup>131</sup> Ibid. Pág. 15,16

<sup>132</sup> Ibid. Pág. 18

<sup>133</sup> Ibid. Pág. 19 La presente tabla no la realiza el autor pero el contenido de éste es tomado de su artículo referido.

7. No siempre existe una única respuesta correcta de acuerdo con el Derecho, aunque eso no quiere decir que no exista otro tipo de criterios objetivos o cuasi-objetivos (morales-económicos, etc.) que, de alguna forma, “guían” las decisiones de los juristas (de los jueces). Atienza incluye en esta postura a Aarnio
8. Casi nunca existe una única respuesta correcta. El derecho fija únicamente unos márgenes para la decisión pero, dentro de ellos, los juristas (los jueces) deciden de forma subjetiva e impredecible. Atienza ubica en estas posturas a los realistas jurídicos extremos
9. La noción misma de una única respuesta correcta para cada caso es una simple ideología que cumple la función de enmascarar el poder político de los jueces. Atienza ubica en esta postura a los critical legal studies.

Teniendo presente la teoría de la única respuesta correcta de MacCormick, el maestro ATIENZA refiere que en relación con los discursos en los que se trata de aplicar normas generales a casos concretos, MacCormick contrapone dos teorías a las que denomina respectivamente declarativa y decisionistas-

“los defensores de la primera teoría (entre los cuales se encuentran tanto prácticos –jueces-como teóricos del derecho partidarios del derecho natural o Dworkin; Hart estaría en una posición intermedia) sostienen que, en los casos difíciles, los jueces (incluidos los jueces supremos) pueden cometer errores, puesto que hay una respuesta correcta que no puede coincidir con la respuesta final; la existencia de esa respuesta correcta deriva de su creencia de que argumentos apropiados aplicados al campo del derecho establecido, pueden establecer persuasivamente una conclusión sobre el problema dado como más aceptable que cualquier otra. Mientras que lo que sostienen los decisionistas (campo en el que militarían algunos jueces y también teóricos del derecho como Kelsen-sobre todo, el último Kelsen-, los realistas americanos y los critical legal studies sería que lo que un tribunal ha decidido es lo correcto simplemente porque lo ha decidido y en tanto su decisión no ha sido anulada por otro. Los jueces- dirían los decisionistas- pueden decidir de manera poco inteligente o poco apropiada, pero no pueden cometer errores en materia de derecho en los casos problemáticos, puesto que no hay una verdad anterior sobre la cuestión acerca de la cual pudiera equivocarse”<sup>134</sup>

Para MacCormick optar por una u otra posición tiene consecuencias importantes, dando unas razones para rechazar el decisionismo, que son brevemente las siguientes – como explica ATIENZA

“1. Aceptar la teoría decisionista supondría considerar que el objeto del conocimiento jurídico está formado exclusivamente por lo que los jueces han decidido y por lo que probablemente decidirán en el futuro. Pero con ello se deja de fuera una perspectiva que consiste en considerar el Derecho, al menos parcialmente, como un objeto teórico, constituido por una interacción de prácticas humanas y de teorizaciones sobre ellas.(...) 2. Aceptar una u otra posición implica también plantearse de manera distinta la función judicial y el

<sup>134</sup> Ibíd. Pág. 21

estilo de toma de decisión y de motivación de las decisiones. Obviamente, quien suscribe una posición decisionista no puede estar muy interesado en debatir en profundidad acerca de cuál es la respuesta correcta a un caso, sino más bien en establecer con claridad cuál es la respuesta dada al caso (...) 3. Si se acepta la posición decisionista, los jueces tienen que ser visto como actores políticos en el sentido más estricto de la expresión; no simplemente en el sentido de que sus decisiones tienen consecuencias políticas, sino en el de que ellos son quienes crean y no simplemente quienes dicen el derecho; a la hora de designar a los jueces habría que tener en cuenta, entonces, criterios de representatividad y no cualidades como prudencia, experiencia o capacidad para discernir cuál es la decisión correcta en cada caso (...)4. El rule of law, como gobierno de las normas y de los hombres, sería imposible si la tesis de la infalibilidad judicial fuera verdadera; o sea, el imperio de la ley supone que los jueces son los encargados de confirmar e implementar el derecho más bien que de crearlo con sus decisiones.”<sup>135</sup>

El decisionismo falla precisamente por el hecho de sobreponer la potestad o competencia de decidir, por encima de los fundamentos que soportan la decisión tomada, fundamentos que no pueden ser cualquiera, que debe sustentarse en el respeto de los valores, principios y reglas del derecho; todo fallo tomado con desconocimiento de estos elementos formales y materiales se torna en arbitrario, antijurídico, en una decisión injusta por ser irracional y contraria a derecho.

Pero aunque la tesis del decisionismo deba ser rechazada, tampoco es conveniente aproximarse a la doctrina que admite una única respuesta, considero que en aras de reducir la arbitrariedad deba admitirse un marco axiológico en el derecho, realidades concretas y fines específicos en los cuales debe desenvolverse la actuación del Estado, pero esto para nada nos dice que exista una única solución en el derecho, estos contenidos materiales del derecho permiten crear un marco de decisión en el cual pueden presentarse varias actuaciones que pueden terminar siendo jurídicamente posibles y admisibles. En ese sentido, todo en cuanto a las decisiones en el derecho resultaría ser un asunto de justificación, de motivos, entre los cuales serán rechazados los que van en contra vía de los elementos formales (competencia etc, escuela decisionismo) y materiales (principios, fines, realidades). Así mismo no debe perderse de vista en el debate que el derecho es lenguaje, su fin es regular la conducta del estado-administrador y de los particulares, pero esto no se hace a suerte de entenderse al derecho como algo místico que deba ser descubierto.

La generalidad del derecho implica que el control social opere a través de reglas, pautas, criterios de conductas y principios generales, esto no se lograría de otra forma: a través de directivas particulares impartidas a cada individuo, sería imposible sostenerse el derecho como un sistema normativo, si se desarrollara de esa manera y no a través de normas generales que a posteriori se particularizan

---

<sup>135</sup> Ibíd. Pág. 22

Estas reglas, pautas y principios generales para que cumplan con su fin principal de regular la conducta social de los hombres debe ser comunicada por medio de las palabras, de los conceptos y en general por el lenguaje<sup>136</sup>.

El inglés HART reconoce que la comunicación aunque vaya acompañada de algunas instrucciones verbales de alcance general, puede dejar abiertos campos de posibilidades, y con ello de dudas, sobre qué es lo que se quiere expresar *“incluso respecto de cuestiones que la persona que trata de comunicarse ha tenido claramente en mira”*<sup>137</sup>.

La comunicación de pautas o criterios generales de conducta mediante formas generales explícitas del lenguaje desarrolladas en la legislación, parece más clara, segura y cierta a una comunicación verbal– Para Hart–

“las características que deben considerarse como guías generales de conducta son identificadas aquí mediante palabras; son separadas verbalmente y no quedan mezcladas con otras en un ejemplo concreto. Para saber qué hacer en otras ocasiones el niño ya no tiene necesidad de adivinar la intención ajena ni qué es lo que los demás aprobarán; no necesita especular sobre qué aspectos de su conducta deben parecerse al ejemplo para que ella sea correcta. En lugar de ello, dispone de una descripción verbal que puede usar para decidir qué es lo que debe hacer en el futuro y cuál la oportunidad de realizarlo. Sólo tiene que reconocer ejemplos de términos verbales claros, que subsumir hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales y extraer una simple conclusión silogística.

(...) tiene una regla que puede aplicar por sí mismo a sí mismo”<sup>138</sup>

Aunque pareciera ser definitiva esta postura, no es del todo contundente esta distinción, pues, *“la certeza de la comunicación mediante el lenguaje general dotado de autoridad (legislación)”* – no resulta a veces clara y se torna en confusa e insegura, en la medida que al ser uso de las reglas generales a casos particulares, pueden surgir dudas sobre cuáles son las conductas exigidas por ellas. Frente a estos posibles casos, la interpretación se constituye en una herramienta idónea en la medida que las reglas generales así lo admiten, y aunque no pueda eliminar la incertidumbre sí

---

<sup>136</sup> HART, H.L.A. El concepto de derecho. Trad. Genaro R. Carrió. Ed. Abeledo Perrot. Argentina, 2009. Pág. 44 y ss. en su obra menciona dos recursos principales utilizados para comunicar las pautas de conductas generales antes de ser aplicadas- *“uno de ellos hace uso máximo, y el otro un uso mínimo de las palabras clasificadoras generales. El primero es tipificado por lo que llamamos legislación, y el segundo por el precedente”*.

<sup>137</sup> Ibíd. Pág. 22 HART En un ejemplo sencillo pero muy didáctico desarrolla la idea central de su planteamiento : Antes de ir a la iglesia un padre dice a su hijo que: *“todos los hombre y niños varones deben descubrirse al entrar a la iglesia”*, otro padre, antes de entrar a la iglesia, dice a su hijo: *“mira, esto es lo que debe hacerse en estas ocasiones”*, así, los límites de la imitación no se saben, surgiendo algunos interrogantes por ejemplo: ¿hasta dónde debe llegar la imitación? ¿Tiene importancia que nos quitemos el sombrero con la mano izquierda, en lugar de hacerlo con la derecha? ¿Qué coloquemos el sombrero debajo del asiento? ¿Qué nos volvamos a cubrirnos dentro de la iglesia?.

<sup>138</sup> HART. H.L.A. El concepto del derecho. Trad. Genaro R. Carrió. 3 ed. Ed. Abeledo Perrot. Argentina. 2009. Pág. 155,156,157



puede disminuirla.<sup>139</sup> Para HART cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar las pautas o criterios de conducta, y por más que en muchos casos estos operen sin dificultades, en algún momento en su aplicación las pautas o mandatos resultaran indeterminados *“tendrán lo que se ha dado a llamar una textura abierta”*.<sup>140</sup>

Podría pensarse que las normas de textura abierta que predica Hart, son una gran falla al interior del ordenamiento jurídico, pero eso no es así, el profesor de Oxford reconoce que no podría considerarse deseable, ni aún como un ideal, la concepción de una regla tan detallada que en la aplicación a un caso particular, siempre estuviera resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de la aplicación efectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas, esto es un hecho al que no se puede escapar debido *a nuestra condición de humanos y no de dioses, a una relativa ignorancia de los hechos y una relativa indeterminación de los propósitos, movida por la incapacidad nuestra y de los legisladores de anticipación*.

- Explica HART que-

“cuando osamos formular una regla general de conducta (por ejemplo, la regla de que no pueden entrar vehículos en un parque), el lenguaje usado en este contexto fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por la regla, y podemos tener en mente ciertos ejemplos claros de lo que sin duda cae dentro de su ámbito. Ellos son los casos paradigmáticos, los casos claros (el automóvil, el ómnibus, la motocicleta); y nuestro propósito al legislar está determinado, en esa medida, porque hemos hecho una cierta elección (...) hemos resuelto inicialmente la cuestión de que la paz y la tranquilidad en el parque deben ser preservadas al costo, en todo caso, de la exclusión de aquellas cosas que inicialmente no consideramos, o quizás no pudimos considerar (tal vez, por ejemplo, un auto de juguete de propulsión eléctrica), nuestro propósito, en esa dirección es indeterminado. No hemos resuelto, porque no hemos previsto, la cuestión que planteará el caso no contemplado cuando acaezca: si ha de sacrificarse o defenderse algún grado de tranquilidad en el parque, frente a aquellos niños cuyo interés o placer consiste en usar ese juguete”

- concluyendo-

“Cuando el caso no contemplado se presenta, confrontamos las cuestiones en juego y podemos entonces resolver el problema eligiendo entre los intereses en

---

<sup>139</sup> Ibíd. Pág. 158 *“las palabras generales no nos servirán como medio de comunicación si no existieran esos casos familiares generalmente indiscutidos. Pero las variantes de lo familiar reclaman también ser clasificados bajo los términos generales que en un determinado momento constituyen parte de nuestro equipo lingüístico (...) aquí se precipita algo así como una crisis en la comunicación: hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o rechazo a la persona ocupada de clasificar”- destacando- “si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas”* (negrilla por fuera del texto)

<sup>140</sup> Ibídem.

conflicto de la manera más satisfactoria. Al hacerlo habremos hecho más determinado nuestro propósito inicial, y, de paso, habremos resuelto una cuestión sobre el significado que, a los fines de esta regla, tiene una palabra general”<sup>141</sup>

A lo que nos conduce estas palabras es a reconocer que en la aplicación de una norma de contenido general opera un proceso de reflexión, o si se quiere de concreción, de una necesaria existencia de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de las reglas generales.

El formalismo o conceptualismo pretende minimizar dicha necesidad de elección frente a las reglas verbales, para eso concibe, que los términos de las reglas siempre deben ser los mismos (*congelamiento de las reglas*), congelamiento que se supedita a salvaguardar los intereses del sistema, esto es un hecho de seguridad jurídica; para HART del *congelamiento de las reglas* pasamos al *paraíso de los conceptos* entendiendo por tal, el significado uniforme que recibe un término general tanto en su aplicación como en cualquier regla del sistema jurídico, anulando cualquier ejercicio de interpretación.

La indeterminación de algunos conceptos y reglas de derecho nacen de la condición humana de no poder prever y regular toda y cada una de las conductas que se presenten en el futuro, pero esta incapacidad se reduce mediante algunas técnicas que se forjan en el sistema jurídico. Dos son las técnicas que resalta el profesor de Oxford con las cuales se pone de relieve las características de aquellas amplias áreas de conducta que son satisfactoriamente controladas ab initio no mediante standards variables, sino mediante reglas, que exigen acciones específicas<sup>142</sup> y qué solo presentan una periferia de textura abierta. La primera hace referencia, a que en un primer momento, la esfera a ser controlada jurídicamente es un campo en que las características de los casos individuales **variaran tanto en aspectos socialmente importantes pero impredecibles**, tanto, que la legislatura no puede formular por anticipado reglas generales para ser aplicadas en cada caso, requiriendo nuevas directivas oficiales en la medida en que se presente tales aspectos. En este caso la legislatura para regular tal esfera establece guías generales, pero, delega en un cuerpo administrativo cuyo aspecto esencial es ser creador de reglas generales para que moldee las reglas generales de la legislatura a los diversos casos que se presenten - es lo que entiende HART- cuando reflexiona que al ordenarse por la legislatura a las empresas no apartarse de ciertos tipos de standards como es el caso de la tarifa, precio justo o proveer seguros de trabajo, no puede dejarse a la discrecionalidad de las empresas, para eso, se reconoce potestad en un órgano o cuerpo administrativo, para que concrete estos standards-

---

<sup>141</sup> HART. Ob. Cit. Pág. 161,168 Nos dice Hart: “*la textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias entre los conflictos, cuyo peso varía de caso en caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy grande medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones standards variables, no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso. Este hecho saliente de la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla (escrita o comunicada por precedente)*”

<sup>142</sup> HART. Ob. Cit. Pág. 166

**“en estos casos resulta claro que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los casos diversos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto”<sup>143</sup>** (negrilla fuera del texto)

Cuando de la esfera a controlar resulte *“imposible identificar una clase de acciones específicas que uniformemente deban ser realizadas u omitidas, y convertir esas acciones en objeto de una regla simple, aunque el conjunto de circunstancias, si bien muy variado, incluye características familiares de la experiencia común”* se usa una segunda técnica, que deja a los individuos la tarea de valorar las pretensiones sociales que surgen en forma diversas no anticipables y de obtener un razonable equilibrio entre ellas, para luego ser estas decisiones afirmadas o corregidas por un tribunal, los standards exigidos pueden llegar ex post facto por conducto del tribunal, considerándose estas decisiones como precedentes-

“la especificación del standard variable contenido en ellas se asemeja mucho al ejercicio de la potestad de elaborar reglas delegadas en un cuerpo administrativo, aunque hay también diferencias obvias”<sup>144</sup>

Bien sea a través de reglas producidas por un órgano delegado para ello, o por los precedentes producidos por el tribunal, esas zonas de no previsión son reducidas por los Standards variables, lo que genera una técnica de seguridad jurídica en la medida que una posterior situación que se sustente en una norma de textura abierta al contar con una decisión previa (standar) se ajustará a lo allí resuelto. Hoy por hoy, existiría un tercer escenario promovido por el precedente administrativo, por el cual la misma administración reduce el margen amplio de las normas generales con el fin de lograr uniformidad en el trato a los administrados<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> Ibid. Pág. 164

<sup>144</sup> Ibid. Pág. 165, 166 Expone Hart lo siguiente: *“El ejemplo más famoso de esta técnica en el derecho angloamericano es el uso del standard de due care (debido cuidado), en los casos de culpa o negligencia (...) pero ¿qué es cuidado razonable o debido cuidado en una situación concreta? (...) mediante la aplicación de standards de cuidado razonable se asegura 1. que se tomen precauciones que eviten un daño sustancial, y 2. Que esas precauciones sean tales que el peso de ellas no implique un sacrificio demasiado grande de otros intereses respetables. (...) pero debido a la inmensa variedad de casos posibles en que se exige prudencia o cuidado, no podemos prever ab initio qué combinaciones de circunstancias, se presentarán, ni prever qué intereses tendrán que ser sacrificados, o en qué medida, para adoptar precauciones contra el daño. Por ello es que no podemos considerar, antes de que se presenten los casos particulares, cuál es precisamente el sacrificio o compromisos de intereses y valores que estamos dispuestos a hacer para reducir el riesgo de daño. También aquí, nuestro propósito de proteger a los hombres contra el daño será indeterminado mientras no lo pongamos a prueba en relación con posibilidades que sólo la experiencia nos brindará; cuando esto ocurre tenemos que enfrentar una decisión que, si se toma, hará que nuestro propósito quede determinado en esa medida”*

<sup>145</sup> DIEZ SASTRE, Silvia. El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante. Ed. Marcial Pons. España, 2008. Pág. 287,288. La autora refiere en cuanto al precedente administrativo en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados que *“la utilización de conceptos jurídicos indeterminados pone en duda la capacidad de deducir cuál es la solución correcta a partir, únicamente, del texto de la norma. Aunque la doctrina tradicional y la jurisprudencia aceptan la posibilidad de llegar a una única solución justa, verdadera, en la actualidad esta idea parece haberse superado. Se admite que en la zona de incertidumbre*

Necesario es para el derecho que las reglas, pautas y principios generales regulen la conducta social de los hombres, y es más necesario resulta que esas reglas generales deban ser comunicadas, de lo contrario, estarían allí como letra muerta. El derecho es una forma de lenguaje que debe expresar algo a alguien, por lo general es una proposición jurídica que prohíbe o permite, pero tanto en la orden como en la potestad pueden existir palabras, conceptos y principios que no logran abarcar todos los escenarios de la conducta, la norma prohíbe pero no se sabe qué tanto prohíbe, o si permite no puede reconocerse el extremo de la permisión, debido a la indeterminación de un concepto.

La interpretación en estos casos resulta ser una aliada necesaria en la medida que a través de ella puede lograrse traspasar la barrera de la indeterminación, pero el sustento racional de la interpretación no puede ser cualquier, ella debe estar sometida a los principios y reglas forjadas en el ordenamiento jurídico; con este tipo de sujeción, la interpretación no se funda en un escenario de arbitrariedad que dinamite el principio de seguridad jurídica. Y con esta estamos de acuerdo, pero entendemos que el proceso de interpretación con sujeción a los principios y reglas del ordenamiento jurídico, no tiene porqué conducir a una UNICA SOLUCION JUSTA, al adjuntarle esta condición a un proceso de este tipo, es contaminarlo de elementos ABSOLUTOS que lo único que logran es alterar la condición relativa del derecho, además de debilitar el principio de separación de poderes en cuanto que de esta tesis se construyen *súper órganos* quienes ostentarían la *calidad de oráculos de la verdad* por estar en ellos la única solución justa.

Lo que puede esperarse de un proceso de interpretación jurídica es lograr obtener una SOLUCION RACIONAL que se ajuste lo mejor posible a los principios y reglas del derecho, y entre tantas, opciones racionales escoger la más racional, la que se ajuste de mejor modo al principio de juridicidad y en una escala de ponderación sacrifique el menor número de derechos o imponga las menores cargas al administrado.

---

*de los conceptos normativos indeterminados caben siempre dos aplicaciones compatibles con la norma: el caso penumbral puede adscribirse a la zona de certeza positiva del concepto, o bien a la zona de certeza negativa, sobre la base de un criterio de aplicación del concepto determinado por la voluntad del aplicador de la norma: el caso penumbral puede adscribirse a la zona de certeza positiva del concepto, o bien a la zona de certeza negativa, sobre la base de un criterio de aplicación del concepto determinado por la voluntad del aplicador de la norma. En esos casos desaparece, por tanto, el presupuesto que inhabilita al precedente administrativo en los casos típicos de ejercicio de potestades regladas: no existe una única solución correcta predeterminada por la ley.”* Más adelante expone que – “La aplicación o inaplicación de un concepto normativo indeterminado a un supuesto en concreto es, por tanto, una cuestión opinable. Tiene que argumentarse y puede dar lugar a distintas soluciones, sin que sea posible decir que sea verdadera de modo similar a las afirmaciones empíricas. En ese sentido, el precedente se considera una técnica de interpretación de los conceptos indeterminados, junto con otros medios como son las máximas de ética social o buenas costumbres, los principios de experiencia (como por ejemplo, los usos del tráfico mercantil) o los tipos, tales como la <formación profesional de un abogado>. A su vez, el precedente constituye un mecanismo de control de la actividad administrativa. De manera que el precedente tiene una doble virtualidad en estos casos: contribuye a interpretar el concepto jurídico indeterminado y a controlar, después, la existencia de un cambio de criterio motivado y acorde a derecho”– culmina diciendo la autora- “la unidad de solución justa se presenta, por tanto, como una aspiración del ordenamiento jurídico. pero mientras no sea real (y parece difícil que lo sea), hay que aplicar el control a través del precedente también a las actividades regladas de la Administración en que operen conceptos jurídicos indeterminados y que den lugar, en la realidad, a diferentes soluciones jurídicas a casos similares”

Sostener que el derecho encierra una única solución justa puede ser necesario para construir una imagen idealizada, su *deber ser*, pero al ser una creación de los hombres el derecho se torna confuso, imperfecto, ambiguo e injusto, como puede ser la naturaleza del hombre mismo, por ello, concebir una única solución justa en este derecho relativo, es concebir al interior de las *ficciones* una ficción absoluta como aquel órgano imperfecto que siempre obtiene en sus juicios la única solución de contenido universal y no variable.

En aras de defensa de una realidad del derecho, que se afianza en el principio de seguridad jurídica, legalidad, interés general, y separación de poderes, debe aceptarse que existen varias soluciones justas, y que entre estas puede escogerse la más racional, lo racional de esta decisión no está en su condición de absoluta, pues, sería recaer en el mismo error de la única solución justa, sino en cuanto ella lesiona el menor número de derechos o impone las menores cargas al administrado, y en este caso, debe admitirse que por lo menos dos decisiones resulta acorde con tal pretensión, lo que resulta en la negación empírica de la única solución justa. Con el reconocimiento de esta *realidad del derecho*, no se permite forjar como se hace con la tesis contrapuesta un *leviatán judicial*, guardián de la única respuesta correcta en el derecho pudiendo ser estas decisiones una zona de *inmunidad jurisdiccional*.

Entiendo desafortunado el traslado del principio de la única respuesta correcta de Dworkin (quien pensó en este principio en sede judicial, en la imposibilidad de un juez de negarse a tomar una decisión judicial ante un caso en concreto sea este fácil o difícil) al actuar de la administración, particularmente, en presencia del concepto normativo indeterminado, pues, con este traslado teórico, se desconoció e verdadero sentido del concepto en general y especialmente, del concepto jurídico, que no es más que servir para la representación de algo, que puede ser un algo *concreto e individualizado*, o un algo *general e indeterminado*.

La relación del derecho y el lenguaje estructuran a éste en un universo lingüístico, que se forja en la tesis de un nuevo positivismo que subordina la legislación al derecho, propendiendo por una justicia constitucional donde los derechos fundamentales reducen el poder de las mayorías legislativas, irradiando como mandatos de optimización todos los ámbitos del derecho, y reconstruyendo las normas en su validez y vigencia, debiendo las normas guardar una coherencia importante con los principios constitucionales, de modo que el ser legal del derecho se relaciona con el deber ser constitucional, las normas pueden ser legalmente válidas y vigentes, pero sustancialmente invalidas e inconstitucionales<sup>146</sup>.

Esta concepción sistemática del derecho y no solo legalista conduce a que los principios constitucionales y los derechos fundamentales puedan ser tomados para la reducción de las lagunas y antinomias, y en nuestro caso para la *concreción de los conceptos jurídicos indeterminados y para el fundamento de la actuación discrecional*.

En este escenario de constitucionalismo jurídico y de Garantismo, donde los derechos fundamentales dejan de ser solo derechos subjetivos para reconocerles un valor de principios y de

---

<sup>146</sup> FERRAJOLI, Luigi. El Garantismo y la filosofía del derecho. Trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada Y José Manuel Díaz Martín. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.- Colombia.2000. Presentación, Pág.15

derecho objetivo permeando la validez como la vigencia de las normas, en el que la interpretación jurídica posibilita no hablar de una única respuesta justa, sino de múltiples repuestas entre las cuales puede brotar la más racional posible, es donde *debe* estudiarse de mejor manera la institución de los conceptos jurídicos indeterminados y de la discrecionalidad administrativa.

La administración pública debe actuar, tomar decisiones y concretar conceptos, bajo esta premisa moderna del derecho, de manera que su sujeción a la ley se amplía a una sujeción al derecho, tal acto determina que las decisiones que ella tome deben estar respaldadas en el cumplimiento de las formas legales como del contenido sustancial constitucional, especialmente, frente al ejercicio de las potestades administrativas tanto regladas como discrecionales, la arbitrariedad queda reducida por la exigencia de cumplimiento de las condiciones formales y sustantivas del acto administrativo.

El temor a la arbitrariedad del poder no desaparecerá de la vida colectiva de los hombres, sería un pensamiento utópico esperar que no fuera de esa manera, pero lo que sí puede lograrse y de hecho se ha logrado- es la reducción de la arbitrariedad ya no solo esperanzados en un control jurisdiccional de los actos de la administración, sino que a priori de su expedición y hasta del mismo otorgamiento o auto otorgamiento de la potestad administrativa se debe acatar ciertas reglas y principios de valor jurídico y político superior que tienen efectos directos no solo en el discurso político de legitimidad, sino en el aspecto más importante de las normas como es su validez y vigencia.

El ejercicio del poder público entregado por el pueblo soberano a la a la superestructura llamada Estado, establece en el mejor de los escenarios contractualistas y Weberianos<sup>147</sup> que este no puede ejercerse de manera caprichosa, su permanencia descansa en el hecho de servir a los valores y fines acordados y llevados taxativamente al texto constitucional, un actuar en contravía de lo preceptuado lo torna en ilegítimo y antijurídico, debiendo desaparecer del orden político, económico, social y jurídico, pues un acto de tal condición no tiene cabida en el sistema normativo, donde el derecho es el protector del mismo derecho<sup>148</sup>

La administración ejecuta y cumple con estos compromisos político-jurídicos bien sea por una potestad reglada o por una potestad discrecional, en cuanto aquella, la forma de actuación de la administración se encuadra bajo la forma de silogismo, de subsunción normativa, habiendo una única solución para la administración (aunque para Silvia Diez Sastre tampoco exista este principio en dichas potestades)<sup>149</sup>, esta solución resulta de una condición lógica: del enunciado normativo que estipula la potestad administrativa se logra como resultado de la interpretación una única norma que resulta siendo la única solución justa acorde a derecho; lo que no acontece en cambio en ésta, de la que pueden brotar del mismo enunciado normativo varias normas acordes a

---

<sup>147</sup> VILLORO, Luis. "El poder y el valor". Pág. 17-30; VALLESPIN, Fernando. "poder, legitimidad y Estado". Pág. 42-45. En: MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel (Editor). Sobre el poder. Ed. Tecnos. Madrid-España, 2007. PP.354

<sup>148</sup> Este es el legado del maestro Alemán Kelsen a mi humilde parecer

<sup>149</sup> Ver citación al pie de página número 145 de esta obra. DIEZ SASTRE, Silvia. El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante. Ed. Marcial Pons. España, 2008.

derecho- de las cuales la administración puede escoger entre las decisiones racionales existentes, la que considere y motive la debe escoger la más racional posible.

El elemento volitivo de la administración en la discrecionalidad le sirve para *interpretar*<sup>150</sup> este enunciado normativo y escoger con fundamentos la respuesta más racional, de no hacerlo, es admisible un control jurisdiccional no solo formal sino también material o sustancial. Es precisamente esta característica del derecho en general y de la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, en particular, que lo permiten.

Necesario e indispensable se hace para la juridicidad de las actuaciones Estatales *que todas se motiven*, en las potestades regladas esa justificación es el resultado de la *respuesta previamente* establecida por el legislador que conlleva al proceso de subsunción, proceso que se da apoyado en el principio de democracia en cuanto que la expedición de la norma el órgano político por excelencia (congreso) ha evaluado la afectación en menor medida de los derechos fundamentales y la imposición de cargas jurídicas a los administrados; a contrario sensu, el ejercicio de la potestad discrecional crea una obligación jurídica con estrecha relación al derecho de tutela judicial efectiva del ciudadano<sup>151</sup>, que debe obligar a la administración a motivar sus decisiones discrecionales movida por el principio Volitivo de su conducta, producto de la interpretación del enunciado normativo de la cual se obtiene la norma que permite un actuar discrecional que se traduce en una relativa libertad de elección de motivos; esto es lo que concretamente entendemos por discrecionalidad (este punto lo trataremos más adelante en la sección segunda del capítulo II)

La voluntad administrativa como estandarte del ejercicio de las potestades discrecionales debe reformularse bajo la óptica del derecho contemporáneo, no puede sostenerse que sea una voluntad libre la que orienta a la administración a actuar discrecionalmente, un mero juicio de oportunidad y de conveniencia, *sin más ni más*, el contenido de todas sus decisiones, tanto elementos formales como materiales se presentan plasmados *a priori* en el ordenamiento jurídico, es su deber integrarlos y hacerlos propios de una actuación jurídica.

Esta reformulación de la discrecionalidad que proponemos se apoya de la tesis de la escuela de la filosofía analítica italiana que reconoce la reflexión filosófica como análisis del lenguaje y particularmente, del análisis de los lenguajes jurídicos del derecho<sup>152</sup>, del entendimiento del derecho como lenguaje, y la diferencia entre disposición jurídica y norma jurídica (*obtenida por la interpretación que se hace de aquella*). La filosofía analítica enseña el maestro LUIGI FERRAJOLI,

---

<sup>150</sup> En este texto partimos de una premisa: La discrecionalidad administrativa de igual modo que la potestad reglada, y cualquier otra competencia de la administración, proviene de una acción de interpretación del enunciado normativo, acto del cual se desprende la norma que habilita a actuar a la administración reglada o discrecionalmente. Con esto nos apartamos de la diferencia forjada en la doctrina de la divergencia de reconocer que solo en la potestad reglada y en los conceptos jurídicos indeterminados, la administración realiza un acto de interpretación, que llama acción cognitiva a diferencia de la acción discrecional que es volitivo, en el cual pareciera desde la divergencia no haber cabida para el acto de interpretación.

<sup>151</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Ed. Marcial Pons. Buenos Aires, Argentina. 2009. Pág. 204, 205

<sup>152</sup> FERRAJOLI, Luigi. El Garantismo y la filosofía del derecho. Ed. Trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada Y José Manuel Díaz Martín. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.- Colombia.2000. Pág. 23 Nota al pie número 5.

propone a la filosofía del derecho como filosofía de la ciencia del derecho produciendo un apartamiento de las tradicionales concepciones metafísico-iusnaturalistas o idealístico-historicista, reduciendo el aislamiento entre filosofía y ciencia del derecho, presentándose en dos sentidos, el primero, entendiendo la filosofía como meta ciencia de la ciencia del derecho o metodología del derecho, el segundo, en el entendido como análisis del lenguaje jurídico usado por el legislador, partiendo de un enfoque empírico-analítico, empírico en cuanto se realiza una investigación epistemológica de la ciencia del derecho, sus métodos de formación y control de los conceptos y de las teorías jurídicas y analítico porque se realiza un análisis del lenguaje legal y la reelaboración del discurso legislativo *purificándolo de sus vaguedades y ambigüedades, resolviendo antinomias, colmando sus lagunas y procurando su unidad sistemática interna*.<sup>153</sup>

La filosofía jurídica analítica se compone de dos escenarios, de un lado, una filosofía lógica-empirista, y por otro, un análisis del lenguaje, ya sostenía Hart en Inglaterra en la tesis del uso del análisis del lenguaje en la construcción de conceptos jurídicos<sup>154</sup>.

El pensamiento jurídico contemporáneo ha logrado sobreponer la tesis del positivismo tradicional en el cual el ordenamiento jurídico quedaba reducido a la concepción de la norma jurídica, entendiendo que este es un todo, un conjunto, haciendo un sistema comprensible; partiendo de observarlo como sistema conformado por principios, reglas, formas y procedimientos que se relacionan lógica, racional y sistemáticamente, contribución que algunos, como el propio Bobbio considera ser Kelseniana (sistema jurídico)<sup>155</sup>

En Kelsen las normas poseen la condición de ser coactivas, ahora esta condición se trasmite al ordenamiento jurídico en su conjunto, desplazándose la concepción de jurídico de la norma al ordenamiento, del que se predica tres exigencias: la unidad, la coherencia y la plenitud. En cuanto a la exigencia de Unidad del ordenamiento jurídico en la tesis propuesta por Norberto Bobbio<sup>156</sup>, se diferencia dos puntos de vista: uno interno, que establece como límite la norma constitucional que irradia validez a las normas individualmente consideradas, teoría de jerarquía de normas desarrollada por Kelsen, aunque Bobbio clarifica este significado de la estructura jerárquica del Ordenamiento, contemplándola desde tres tipos de relación: producción-ejecución; poder-deber y norma-poder<sup>157</sup>

---

<sup>153</sup> Ibíd. Pág. 24 y ss.

<sup>154</sup> Ibíd. Pág. 27 y 28

<sup>155</sup> CUENCA GOMEZ, Patricia. "la concepción de ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio" HURI-AGE consolider-Ingenio 2010. España. Número 2, 2010. Pág. 2 Artículo consultado en el siguiente enlace: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/6500> . Aunque reconoce la autora en Bobbio la superación de la aproximación Kelseniana del sistema Jurídico que partía de reconocer el carácter coactivo de cada norma individualmente, y no de ser carácter por la pertenencia al ordenamiento jurídico. Norberto Bobbio – nos dice- "como indica Guastini, es quien por primera vez, "invierte", ya sin titubeos, el problema tradicional de la identificación del Derecho"

<sup>156</sup> GARCIA MIRANDA, Carmen María. "el principio de unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio" en: cuadernos electrónicos de filosofía de derecho.núm.1. Universidad de la Coruña, España. ISSN. 1138-9877. Consultado en el siguiente enlace: <http://www.uv.es/cefd/1/miranda.html>

<sup>157</sup> CUENCA GOMEZ, Patricia. "la concepción de ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio" HURI-AGE consolider-Ingenio 2010. España. Número 2, 2010. Pág.3



“Así, si miramos la pirámide desde arriba hacia abajo veremos una serie de “actos de producción jurídica” que son “expresión de un poder”, esto es, veremos una cadena de poderes “que crean normas”. Y si la contemplamos de abajo arriba veremos “una serie de procesos de ejecución jurídica” que suponen “el cumplimiento de un deber, esto es, veremos una serie de normas que producen poderes y delimitan su actuación”<sup>158</sup>

El otro punto de vista es externo, que propone ir más allá de la constitución como límite y se cuestiona por la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto. En este punto BOBBIO abandona la concepción Kelseniana de “*Norma fundamental*” considerándola superflua, estableciendo sin ficción alguna que la validez del ordenamiento jurídica se da por la efectividad del poder último, operando en dicha proposición una sustitución de algo ficticio como es la norma fundamental, al poder como un hecho empírico<sup>159</sup>.

El reconocimiento de la coherencia (entendiendo la existencia de límites formales y materiales impuestas por la norma superior sobre las inferiores) y la plenitud del ordenamiento jurídico deben superar- Para Bobbio- las barreras dogmáticas impuestas por el positivismo clásico; de allí que no sea rasgos formales sino ideales morales del derecho, siendo valores o exigencias de justicia que se opone al tratamiento del positivismo tradicional que reconocía la existencia de vacíos y lagunas normativas; para Bobbio, en el ordenamiento jurídico pueden haber contradicciones que pueden subsistir pero que deben eliminarse por medio de mecanismos pertinentes, en aras de que el derecho regule segura y coherentemente la conducta social de los hombres, esto es una concepción formalista- funcional del ordenamiento jurídico<sup>160</sup>.

Lo anterior, puede concluirse en esta proposición: el derecho debe servir para lo que fue creado, y punto.

Un ordenamiento jurídico complejo referido supone la existencia de estos tres elementos: unidad, coherencia y plenitud. De acuerdo al marco teórico que hemos venido desarrollando en estas líneas, se supone como requisito *sine qua non* para la configuración del ordenamiento jurídico como un todo, y las normas jurídicas como parte, la presencia como línea transversal un control constitucional de las normas o juicio de validez y un proceso de interpretación jurídica que se constituya en el método integrador del ordenamiento jurídico único, coherente y pleno.

El derecho al ser lenguaje, resulta ser un “*mundo de signos producidos por actores lingüísticos institucionales (legisladores, jueces y funcionarios) y de significados asociados a aquéllos por los intérpretes, sean estos operadores jurídicos o juristas*”<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> Ibídem.

<sup>159</sup> Ibíd. Pág. 4

<sup>160</sup> Ibíd. Pág. 6 Nos dice la autora “ desde esta clave de lectura, adquiere pleno sentido la existencia en el Ordenamiento Jurídico, afirmada por Bobbio, de un deber de coherencia que dirigido a los creadores de normas diría “No debéis crear normas que sean incompatibles con otras normas del sistema”, mientras que referido a los aplicadores asumiría esta otra forma: “si encontráis antinomias debéis eliminarlas”

<sup>161</sup> FERRAJOLI, Luigi. El Garantismo y la filosofía del derecho. Ob. Pre. Cit. Pág. 33. El maestro italiano infiere que UBERTO SCARPELLI “en particular se le deben los primeros estudios de análisis del lenguaje jurídico, de semántica del lenguaje normativo y de metodología de la ciencia jurídica que desvelan no sólo la fecundidad

Y será precisamente de las crisis de la escuela analítica de la filosofía del derecho en la segunda mitad de los años 70 que pone de manifiesto -las palabras Luigi FERRAJOLI- de la que puede rescatarse algunos aspectos: como es reconocer que el derecho no es un sistema de normas coherente y completo, solo hay normas producto de una autoridad legitimadas para producirlas, por ello que la plenitud y la coherencia del sistema no debe ser una condición empírica del mismo sino deben ser requisitos del modelo teórico- normativo de la ciencia jurídica, no posible de ser desmentido sino violado por el funcionamiento de hecho del sistema jurídico<sup>162</sup>; las normas bajo esa premisa son significados asociados a enunciados normativos, a textos, debiendo ser definidas en lo teórico mientras son interpretadas en el plano dogmático y judicial, sin obviar que tanto en la definición como la interpretación deben guardar respeto por el principio de coherencia del ordenamiento<sup>163</sup>.

---

*del análisis lingüístico, sino también- en contraste con la idea bobbiana y Kelseniana de la pureza formal de la teoría del derecho- la dimensión inevitablemente política que el enfoque convencionalista y las justificaciones pragmatistas exigidas por la estipulación conceptual y por la construcción teórica imprimen al conjunto de la ciencia jurídica". Ob. Pre. Cit. Pág. 31*

<sup>162</sup> Por ello FERRAJOLI sostiene que el tema privilegiado de investigación y análisis crítico, sea el derecho ilegítimo y el ejercicio ilegítimo de los poderes normativos " y que se tome nota por fin, de lo que es hoy una característica estructural y empírica- el defecto, pero también con aparente paradoja, el mayor valor - de los estados constitucionales de derecho: la virtual ilegitimidad del derecho vigente a causa de la divergencia entre normatividad y efectividad, entre deber ser y ser del derecho, en tanto que él mismo se encuentra sometido al derecho y, por consiguiente, la dimensión sustancial y no sólo formal de la validez de las normas, dependiente no ya sólo de la forma en la cual son producidas sino también de su contenido" Ob. Pre. Cit. Pág. 45, 46

<sup>163</sup> *Ibíd. Pág. 46 Sobre la crisis dice Ferrajoli- "las razones internas son de carácter epistemológico. A finales de los años setenta surge lo que tanto los mayores exponentes de la escuela como sus críticos señalan como una incongruencia o peor aún, como una incompatibilidad entre los dos elementos de fondo que se asumen. Por un lado, el positivismo jurídico de raíz normativista que de hecho comporta el carácter normativo y no descriptivo de la ciencia y de la teoría del derecho, y la imposibilidad de suprimir los juicios de valor tanto en la construcción de los conceptos y de las teorías como en la interpretación del lenguaje del legislador. Por otro, los presupuestos metodológicos empírico- analíticos, que por el contrario, parecían excluir del discurso científico cualquier dimensión valorativa y, por lo tanto, parecían negar a la ciencia jurídica el requisito de la avalorabilidad y con éste su estatuto de "ciencia empírica", a menos que renunciara a la opción positivista y se convirtiera al análisis iusrealista. Los dos maestros de la escuela, Bobbio y Scarpelli, parecen dividirse frente a esta presunta (y, a mi parecer, injustificada) incompatibilidad. El primero, declarando la crisis del positivismo jurídico y poniendo de manifiesto el conflicto entre los principios epistemológicos de la avalorabilidad de la ciencia y el carácter innegablemente prescriptivo de las operaciones de los juristas, orientándose, en suma, hacia el estudio de la filosofía política. El segundo insistiendo en su adhesión al positivismo jurídico, explicitando el carácter ético-político antes que científico de tal opción, y orientándose, a su vez, hacia el estudio de la filosofía moral. A esto hay que añadir la demoledora crítica realizada por Giovanni Tarello, de los conceptos de "norma" y de "ordenamiento"- entendidos, uno, como significado asociado por el intérprete a los enunciados normativos, y, el otro, como inútil invención de los teóricos del derecho- que posteriormente condujo a considerar debilitadas las bases empíricas de la ciencia jurídica. (...)De todo esto resultó una profunda incertidumbre de la filosofía iusanalítica de los años setenta y ochenta en torno al estatuto epistemológico de la ciencia jurídica y una oscilación entre iuspositivismo y iusrealismo cubierta a veces por la ambigua etiqueta de "positivismo jurídico". Desde entonces se ha desarrollado, es cierto, por obra de las nuevas generaciones, una imponente producción de teoría del derecho, de lógica y de metodología jurídica. Pero parece haberse llegado al ocaso del inicial proyecto bobbiano de una refundación empírico-analítica de toda ciencia jurídica y de la propia teoría del derecho. La filosofía iusanalítica de esta*

Dentro del principio de unidad se hace admisible tanto lo volitivo como lo cognitivo de la actuación de la administración, porque ni una, ni la otra, puede ser contraria a los principios, reglas y valores del ordenamiento jurídico. Esto significa que el actuar cognitivo y volitivo se tornan en válido en el hecho que se respalde en los principios de unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico. Pero además de ello, de la escuela del positivismo analítico rescatamos que el derecho es lenguaje y que la norma es el producto de la interpretación del enunciado normativo, de modo, que tanto lo discrecional como lo reglado que la norma permite a la administración, provienen de un acto previo de interpretación del enunciado normativo que ésta hace, esto significa primero que todo, que, lo reglado no estaría diferenciado de lo discrecional en cuanto al acto de interpretación, pues ambas lo exigirían; lo que nos conduciría a cumplir con una exigencia en este momento: determinar con claridad que sería reglado y que sería discrecional, a suerte que no prospere la pretensión de negar la existencia absoluta de la discrecionalidad administrativa<sup>164</sup>.

En esta instancia del texto, nos enfrentamos a un problema que no podemos eludir, precisamente por la imperiosa necesidad que nos asiste de determinar en cuanto a lo dicho hasta aquí: la convergencia de la discrecionalidad con los conceptos jurídicos indeterminados, en el escenario de existencia de un margen de decisión plural para la administración que existe según nosotros en ambas instituciones. Decantada la imposibilidad teórica y práctica de soportar una diferencia de las instituciones en el principio de la única respuesta correcta, y hecha la delimitación que tampoco es accesible pensar en respuestas irracionales que escapen a los principios de unidad, coherencia, plenitud, que desembocan en el control de validez de las decisiones de la administración (sin que sea signifique la inexistencia de la discrecionalidad), tenemos que no es posible sustentar la única respuesta correcta y que es inválido admitir cualesquiera, y como esto es así, no cualquier acto discrecional es válido, ni cualquier concreción del concepto jurídico

---

*segunda fase, más que afinar sus propios instrumentos lógicos y metodológicos, se orienta más bien hacia investigaciones más técnicas y especializadas. En primer lugar, hacia el análisis lógico y lingüístico de los sistemas normativos en general, no sólo jurídicos sino también éticos, consuetudinarios, de juegos y otros similares (...) En segundo lugar, hacia la reflexión sobre el método de la ciencia jurídica y sobre aspectos y temas sectoriales de la teoría del derecho (...) y, por último, en los de Riccardo Guastini y Paolo Comanducci sobre razonamiento jurídico, sobre las fuentes y sobre la dinámica de los ordenamientos”* Ibid. Pág. 38, 39 y ss.

<sup>164</sup> GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, MENENDEZ REXACH, Ángel, y otros. Acto y Procedimiento Administrativo. Ed. Marcial Pons. España. 2001. Pág. 91, 92,93. Estos profesores españoles refiriéndose al concepto y existencia de la discrecionalidad, desde el ámbito de la aplicación de la norma jurídica (interpretación y subsunción) por parte de la administración- mencionan con contundencia que no existe discrecionalidad afirmando – “La aplicación por la Administración de la norma jurídica a través de resoluciones administrativas es siempre reglada: no existe discrecionalidad entendida como una decisión de la voluntad adoptada libremente, sino que toda resolución administrativa, está sometida a las determinaciones contenidas en la norma, con más o menos intensidad según permita la regulación aplicable (...) Este principio general es aplicable tanto en los supuestos en que la Administración otorga un derecho subjetivo al particular (acto declarativo de derechos) como en los que impone una sanción o una carga (acto de gravamen). En ambos casos tanto si se otorga como si se deniega el derecho o se impone la sanción, la resolución administrativa debe ser ponderada, razonada, sometida fundamentalmente al principio de proporcionalidad. La aplicación del principio de legalidad , sin embargo, es más rígida en los actos de gravamen que en los actos declarativos de derechos”

indeterminado es permitido. Sostuvimos líneas atrás que la doctrina de la divergencia en cuanto a las técnicas de control de fondo terminan sustituyendo lo discrecional por lo reglado, y particularmente, lo que se pensaba era discrecional en un concepto jurídico indeterminado que se considera como una institución de naturaleza reglada, de modo que lo que también se obtenía era la sustitución por la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados de la potestad discrecional.

La doctrina de la divergencia parte de dos premisas importantes y lógicas, una, concerniente a la admisión de existencia de potestades discrecionales (a título de vinculación positiva al principio de legalidad, y facultad que le asiste a la administración para complementar el supuesto de hecho de la norma); y otra, que entiende el concepto jurídico indeterminado como institución totalmente diferente de la discrecionalidad. De igual manera, la doctrina de la convergencia se construye en dos premisa también importantes y lógicas, pero con un plus (más ajustadas a la práctica administrativa), la primera de estas parte de admitir la existencia de discrecionalidad, pero no entendida como la libertad de complementación del supuesto de hecho, sino en el sentido que la discrecionalidad materializa un momento claro y específico de la administración que la hace diferente al proceso particularizador del juez (por ello que no encaje el principio de la única respuesta correcta), este es un momento anterior a la complementación del supuesto de hecho, a la elección de indiferentes consecuencias jurídicas, y posterior, a la simple consagración del momento de oportunidad y conveniencia, es la materialización de estos; el momento característico que demarca el concepto de discrecional, es lo que llamamos la relativa libertad de elección de motivos, de modo que discrecionalidad se conceptualizaría como la existencia de un momento anterior propio de la administración claramente demarcado como aquel que en el que esta puede escoger entre varios motivos jurídicamente admisibles el que más le parezca (por ejemplo: la administración actúa discrecionalmente en la pavimentación de algunas calles de la ciudad, por que pudo elegir uno entre varios motivos piénsese seguridad, comercio, locomoción, restablecimiento, desarrollo, producción, etc.); la segunda de las premisas, aunque reconoce similitud entre el concepto jurídico indeterminado y potestad discrecional, las diferencia en lo concreto, pues de no ser así, no pudiese hablarse del efecto de aumento (que aquí proponemos como tesis central), de tal sentido, mientras la discrecionalidad es la relativa libertad de elección de motivos; y, desvirtuada la razón de la única respuesta correcta que la doctrina de la divergencia doto a estos conceptos; y, pudiéndose notar que la esencia natural de cualquier concepto en un sentido amplio es servir como institución de representación de algo; hablamos en la doctrina de la convergencia que los conceptos jurídicos indeterminados se caracterizan por poseer un espectro de representación más amplio (que el exclusivo de los conceptos jurídicos determinados) dentro del cual la administración puede *volitivamente* llevar a representar dentro de este espectro algo, que obviamente es racional y lógicamente posible, acto al que llamo *Arrastre*<sup>165</sup>; pues es

---

<sup>165</sup> Con el acto de arrastre que referimos no se haría necesario distinguir entre conceptos jurídicos de valor y de experiencia, pues en ambos y con las mismas condiciones en su aplicación operaría el acto de arrastre. HABA MULLER, Enrique Pedro. Axiología jurídica fundamental. Universidad de Costa Rica. 2007. Pág.237 y ss. El autor refiere lo siguiente en cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados, que nos parece apropiado transcribir: *“en la dogmática de los juristas, esas expresiones aparecen designadas a veces, no siempre ni tampoco todas ellas, con el nombre de <conceptos jurídicos indeterminados>. Sin embargo no reina un acuerdo general sobre qué haya de entenderse bajo esa rubrica, ni suele tal categoría ser definida con precisión. Por lo pronto, las diferencias se hacen presentes ya por el hecho de utilizarla en ramas distintas del derecho. Hasta en el interior de cada una de estas no faltan discrepancias, o al menos vaguedades, cuando se pretende delimitar las características semánticas propias de esta categoría frente a las de otros rubros*

precisamente esto lo que hace la administración: arrastrar volitivamente uno de los varios hechos que son racionalmente encajables en el concepto indeterminado (un ejemplo de ello sería el siguiente: frente al concepto jurídico indeterminado interés público, respectiva administración volitivamente puede arrastrar al concepto el hecho de pavimentar una calle, construir un colegio, una piscina, un parque, una biblioteca, poner por cultura ciudadana unos mimos en la calle, etc.,)

Un primer escenario de similitud de las instituciones, es el que entendemos puede titularse *sentido formal de convergencia*, dentro del cual, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados son plasmados por el creador del derecho (legislador) en un enunciado normativo (forma), sea por un uso ambiguo del lenguaje, por la incapacidad humana de preverlo todo, o bien, porque las

---

*clasificatorios que muestran afinidades con ella. Como con toda razón subraya BACHOF, importa tener en cuenta <el conocido hecho de que, unos frente a otros, los conceptos indeterminados son de muy distintas clases>. (...) Por ejemplo, ENGISCH distingue entre <conceptos jurídicos indeterminados>, <conceptos normativos>, <conceptos de libre apreciación> (ermessensbegriffe: conceptos discrecionales) y <cláusulas generales>. Al parecer, la primera de estas cuatro categorías sería el género, la más amplia; las demás serían sus especies, o en todo caso constituirían algo así como variantes a partir de aquella. De cualquier modo, todas se caracterizan por acarrear un <aflojamiento de la vinculación de los tribunales y de las autoridades administrativas a la ley>; esto es, ellas tienen por consecuencia <que quien aplica la ley gana autonomía frente a esta>. (...) Retomando un sentido genérico que es básicamente similar al señalado por ENGISCH, aunque sin entrar en las distinciones que recoge dicho autor, HENKE subraya las siguientes dos características fundamentales: <El concepto indeterminado se destaca por su <carácter abierto>(a); con el auxilio del concepto indeterminado, el legislador puede transferir al juez la labor de concretar una norma (b). (...) a). El concepto indeterminado es, tal como lo denota su nombre, un elemento de figura legal con límites fluidos Otra de las características del concepto indeterminado es la remisión a valores y reglas extrajurídicas. (...) b). Dando a la ley una formulación vaga (equidad, intolerabilidad, justificación social), el legislador puede crear <lagunas intra legem>, que dan cabida a la interpretación (suplencia) por el juez. El siempre creciente empleo de elementos de figura legal de formulación indeterminada se explica igualmente por el deseo de someter el derecho, en lo posible, al imperio de (unos) valores éticos y de dar enfoque valorativo prioridad sobre la decisión técnico-jurídica>. (...) En un sentido similar al de (b), es decir, para destacar la función delegativa que tienen tales conceptos, pero además subrayando la circunstancia de que ello sirve justamente para reforzar la posición política de los órganos a quienes esa delegación les es efectuada, GARSTKA examina lo que él llama la <función de política jurídica> de las cláusulas generales. Señala, así, que <las cláusulas generales conducen siempre a un reforzamiento de la posición de las instancias que aplican el derecho, trátese de la Justicia o de la Administración. Estas son colocadas en la situación de decidir según criterios propios, sin tener que tomar en consideración notas conceptuales que angosten la hipótesis jurídica (einengede tatbestandsmerkmale), o la falta de autorizaciones especiales> Resaltamos de este autor la siguiente afirmación – “La función retórica que esos conceptos indeterminados pueden desempeñar en la argumentación jurídica no ha pasado inadvertida, y sobre todo con respecto al uso de <formulas vacías> en el derecho constitucional. OPP, cuando quiere dar un ejemplo de tales <formulas vacías>, trae precisamente a colación posibles aplicaciones de normas constitucionales. También, refiriéndose a <estrategias de argumentación judiciales> señala que: <el hacer corresponder situaciones de hecho a conceptos jurídicos, en el caso de muchos- si no la mayoría- de estos conceptos, no está condicionado solo por la ley- más exactamente: no solo por las reglas semánticas de los conceptos jurídicos utilizados-. Esto normalmente se encuentra disimulado en las sentencias. Se suele hacer como si el proceso de subsunción se encarrilara en forma relativamente automática, es decir, como si aquí no desempeñaran un papel factores extrajurídicos. Esto es ocultado especialmente cuando se aplica la Constitución (así cuando es interpretada por la Sala Constitucional): el texto constitucional contiene una singular colección de fórmulas vacías, bajo las cuales son subsumibles situaciones de hecho que pueden ser escogidas casi a discreción>*

necesidades jurídicas y políticas así lo piden, no siendo admisible para los objetivos que se persiguen acudir a una regulación reglada de la administración y a un concepto determinado.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS refiriéndose a *“las palabras de la ley y su interpretación”* y reconociendo lo que HART ha entendido como uno de los problemas con los que se enfrenta la ciencia del derecho de las distintas soluciones que los juristas suelen proponer para una misma cuestión, plantea que para el teólogo y jurista español FRANCISCO SUAREZ, el reconocimiento de las características de las palabras de la ley es el presupuesto fundamental de la interpretación, y en ese sentido, las palabras que usa el legislador a veces son tomadas del lenguaje “ordinario o natural”, sin mal interpretarse o entendiendo que el significado de las palabras tengan una vinculación con la naturaleza o la esencia de las cosas, pues, debe operar una “desmitologización del lenguaje” según reconoce Valdés, pues, se rechaza por Suarez de antemano la búsqueda infructuosa de “esencias”, “naturalezas” o “estructuras lógico-objetivas” de las palabras, ya que, estas simplemente son una creación humana.

Por otro lado, las palabras de las que hace uso la ley, no siempre provienen del lenguaje ordinario o natural, suele en la mayoría de los casos acudir a expresiones técnicas o civiles, de las que al interior del derecho se les otorga y construye su propio significado, palabras y significados que pueden cambiar con el transcurso del tiempo o del desarrollo del derecho como acontece con las palabras comunes u ordinarias<sup>166</sup>

Las palabras sean ordinarias, técnicas o legales, deben relacionarse objetivamente para la obtención de su significado con las cosas, los momentos, las acciones, los efectos, las circunstancias, las ideas, etc.,<sup>167</sup> que representan o pretenden describir, de modo que las palabras y los significados están condicionados en su uso a criterio lógico de no ambivalencia; una palabra no puede usarse para significar una cosa, y a su vez, significar lo contrario a esa cosa (por ejemplo ¿qué es blanco? blanco no es negro, blanco por consiguiente no puede ser no negro y negro)

Esta misma condición del uso de las palabras y los significados se proyecta a las palabras técnicas como a las de la ley, en cuanto a estas últimas, pueden ser concretas o específicas, pero también lo son ambiguas y vagas. Ambiguas porque pueden tener *distintos significados o matices de significados según los contextos y circunstancias*, y vagas cuanto existe un manto de duda o penumbra, que se representa en la poca claridad que pueda existir en su significado que posibilite aplicarla en un caso en concreto.<sup>168</sup> Trasladando estas definiciones, es lo mismo que decir que

---

<sup>166</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Las palabras de la ley y su interpretación. Algunas tesis de Francisco Suarez”. En revista *Diánoia*, vol. 23, nro.23. México. 1977. Págs. 30,31.

<sup>167</sup> *Ibíd.* De acuerdo a la tesis de Suarez, Garzón Valdés infiere algunas consecuencias: “a) si no se acepta una relación objetiva o esencial entre palabra y cosa o entre palabra y concepto, entonces no tiene sentido procurar describir el significado “verdadero” de las palabras de la ley; b) si las palabras de la ley, las ordinarias y las técnicas, están sujetas a los cambios que impone el uso, entonces no tienen un significado estático sino dinámico; c) si el significado de una palabra depende de su uso, entonces para conocerlo, no ha de bastar la consideración aislada de aquélla; d) si las palabras de la ley son, en gran medida, las del lenguaje ordinario, entonces es importante considerar más de cerca las características de este lenguaje”

<sup>168</sup> *Ibíd.* Pág. 35 refiriéndose a Suarez dice Garzón Valdés “pero del hecho de que las palabras de la ley sean ambiguas y vagas no infiere Suarez un escepticismo total ante las normas, tal como el que caracterizara al realismo extremo en nuestro siglo. Las normas son indispensables como elemento de regulación de la conducta social ya que es sólo a través de ellas que se expresa la voluntad del legislador (...) por otra parte,

algunos conceptos jurídicos (determinados) logran concretamente representar una sola cosa (dolo-culpa), pero hay otros (indeterminados) que no representan una sola cosa, sino que deán tras de ellos un espectro de representación en el que pueden encajar varios hechos (en sentido amplio “algo”), por ejemplo como ocurre con el concepto de utilidad e interés público.

Se dice que la ambigüedad y la vaguedad como la indeterminación de las palabras dan cabida a la interpretación, esa es un razón de ser, si todo fuera tan claro, tan extremadamente detallado y no confuso, para qué interpretarlos, los hombres no tendríamos la necesidad de desarrollar tesis que la sustentara, la estructurarán y la delimitarán. En cuanto al tema que tratamos, este punto es considerado por la doctrina de la divergencia, pero reduciendo la interpretación amplia que pudiese existir a la tesis de la única respuesta correcta. Concebimos al respecto, que en cuanto a la ambigüedad y vaguedad de las palabras de la ley, es totalmente admisible la apertura a un proceso de interpretación, pero, en sede de la administración, particularmente hablando de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, la interpretación de estas palabras se debe entender con un acto que resulta en la comprensión de que hechos son posibles de encajamiento en el espectro de representación (acción cognitiva); pero, posterior a ello, la administración opta por un accionar *volitivo* individualizado en el arrastre que hace de ese específico algo en el espectro de representación. Esta es especialmente una gran diferencia entre la postura divergente con la convergente que nosotros proponemos.

En palabras de Garzón Valdés

“cuando se analiza el significado de las palabras de la ley es obvio, según Suárez, que su significado no puede dilucidarse de la consideración aislada de una palabra sino que es necesario verla en el contexto de la ley y tener en cuenta también la intención del legislador pone de manifiesto que es indispensable referir las palabras a algo más que esté fuera de ellas, pues si el significado de las palabras dependiese exclusivamente de la intención del legislador y los hombres no tuviesen otro medio de conocerla sino a través de las palabras de la ley, es evidente que nos moveríamos en un círculo vicioso similar al que se crea cuando se dice que es la intención del actor lo que permite definir la acción que realiza y sólo conocemos su intención a través de esta misma acción”

Para salir de este dilema concluye Suárez, es necesario no tomar las palabras aislada y abstractamente -

“sino con todas las circunstancias que puedan determinarlas y que indiquen una intención más bien que otra (...) “a este esfuerzo interpretativo subyace una tesis básica que es la que hemos llamado “tesis del legislador justo y racional”: las

---

*las palabras de la ley no pueden ser tan ambiguas que sea imposible determinar algún sentido. En este caso simplemente no habría ley (...) la ambigüedad y la vaguedad de las palabras de la ley hacen necesaria su interpretación. Y es de esta necesidad de donde nace, según Suárez, la jurisprudencia y la declaración doctrinal”*

palabras de la ley han de ser tomadas de manera tal que quede a salvo la voluntad del legislador y éste, por ser tal, dictar sólo leyes justas y razonables”<sup>169</sup>

(...) “también es claro que la suposición de una ley divina como criterio absoluto de justicia puede parecer extraña a quien no sustente una concepción jusnaturalista de tipo teológico. Sin embargo, si se piensa que los principios morales son aceptados dogmáticamente como hipótesis de comportamiento y se sustituye la expresión “ley divina” o “ley natural” por “principio moral”, la extrañeza disminuye. Más aún, creo que no es incorrecto sostener que el fundamento normativo de validez de un sistema de reglas de conducta, sean éstas morales o jurídicas, es postulado dogmáticamente” (...) la afirmación del carácter prescriptivo y de la función correctora que Suárez atribuye a la interpretación parece ser también una buena descripción de la tarea que cumple la dogmática jurídica. El intérprete “optimiza” la ley actualizándola no sólo temporalmente, sino en el sentido aristotélico de la palabra es decir, perfeccionándola y cambiándola si es necesario para evitar que sea absurda (contradictoria), inútil (redundante o de imposible cumplimiento) e injusta. En Suárez aparecen explícitas las bases de esta actitud frente al problema de la interpretación. El jurista contemporáneo suele no ser tan claro en este punto: bajo el manto de una pretendida descripción de la ley, lleva a cabo exactamente la misma tarea que Suárez declara sin tapujos”<sup>170</sup>

La interpretación del enunciado normativo se constituye en el segundo escenario de *similitud*, en un *sentido material de convergencia* entre los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa. Material en cuanto que la convergencia no se determina por su ubicación explícita en el enunciado normativo (*sentido formal de convergencia*), sino por el *margen de decisión plural* que se obtiene del proceso de interpretación del enunciado normativo que los contiene.

No hay discusión alguna, que el enunciado normativo que contiene una potestad discrecional admita más de una decisión, pues de la interpretación que se realiza por la administración se concluye que así lo previó el legislador, y que su actuar de esa manera se ajusta derecho, esta deducción normativa es el resultado de un juicio lógico que se hace sobre las palabras y conceptos contenidos en la disposición jurídica.

Pero respecto a los conceptos jurídicos indeterminados, tratados por la doctrina de la divergencia como *antítesis* de la discrecionalidad, no puede resultar como mucha calma la asimilación de las siguientes palabras: este tipo de conceptos *corren la misma suerte* que la potestad discrecional, premisa apoyada en el hecho de que las palabras contenidas en el enunciado normativo que conducen a un concepto jurídico indeterminado (interés público, por ejemplo) luego del proceso

---

<sup>169</sup> Ibid. Pág. 37 El autor cita textualmente a Suárez: “ cuando al atenerse al sentido propio de las palabras acarrearía injusticia o algún absurdo parecido con relación a la mente del legislador, hay que interpretar las palabras en un sentido- aunque sea impropio- en el cual la ley sea justa y razonable, ya que se presume que esa es la mente del legislador”

<sup>170</sup> Ibid. Pág. 41



de deducción, de ese juicio lógico, del cual emana varias normas jurídicas, se traduce en la existencias de un margen amplio de decisión para la administración.

Las palabras y los conceptos se diferencian en lo jurídico- normativo y desde la premisa de la lógica, en que estas son elementos verbales de los conceptos, de modo tal que los conceptos son el resultado del juicio lógico que se hace de las palabras. El significado en las palabras conducen al concepto, pudiéndose dar (y de hecho acontece) que varias palabras expresen un mismo concepto, o que conceptos distintos puedan corresponder a sentidos diferentes de una misma voz. El significado del concepto propone una relación lógica entre concepto y objeto, a una determinación, a la conveniencia o inconveniencia de ésta, por ello que el objeto al que se relaciona el concepto, en el juicio lógico resulte ser sujeto, y que en ocasiones exista un concepto que funge como sujeto<sup>171</sup>.

Nada impide que los *conceptos- sujetos* en el juicio lógico resulten como elementos de una proposición, aún hasta los denominados conceptos imposibles (cuadrado redondo, blanco negro P., Ej.) puedan ser objeto-sujeto de una proposición lógica. De esto se deduce que toda noción o proposición poseen un correlato objetivo, que no se confunde con su concepto, la determinación del predicado en los *juicios enunciativos* no se atribuye al sujeto del juicio, sino al objeto-sujeto<sup>172</sup>.

En los juicios normativos y particularmente en los jurídicos, que son juicios prescriptivos o atributivos (no enunciativos), bien que impongan deberes u otorguen derechos como consecuencia de ciertas hipótesis establecidas por una norma, no es admisible cualquier *objeto-sujeto*, puesto que no podría lograrse de él un juicio prescriptivo o atributivo.<sup>173</sup> Piense el caso de un *objeto-sujeto* “personas encantadoras”. Pero así como no se admite cualquier *objeto-sujeto*, el *concepto- sujeto* de la norma de derecho será siempre una persona (sujeto de derecho) pues las obligaciones o los derechos no se imputan a las cosas o situaciones sino al sujeto del derecho.

Conforme lo enseña GARCIA MAYNEZ-

“El concepto-sujeto de la norma de derecho se refiere siempre a personas; la cópula refierese a deberes jurídicos o a derechos subjetivos, el predicado relacional indica cuál es la conducta objeto de esos deberes o derechos”<sup>174</sup>

Bajo esa premisa tanto la potestad discrecional como los conceptos jurídicos indeterminados se encuentra en el predicado relacional de la norma, siendo el objeto-sujeto necesario de determinación, determinación tanto en materia de la discrecionalidad como de este tipo de conceptos que admite como no podría ser de otra forma un margen de decisión plural para la administración.

Este margen amplio pero no arbitrario, se conjuga por las condiciones lógicas que impone el juicio jurídico y las proposiciones jurídicas que resultan de éste, para decirlo de manera más clara, la estructura de la norma de derecho como juicio lógico, identifica que existe una “persona” en esta

---

<sup>171</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Lógica del concepto Jurídico. Fondo de cultura Económica de México. 1964.

Pág. 15

<sup>172</sup> Ibídem.

<sup>173</sup> Ibídem.

<sup>174</sup> Ibíd. Pág. 18

caso la administración (concepto-sujeto) a la que se le otorga una potestad (cópula) que exige la determinación de las condiciones de la conducta (predicado relacional)<sup>175</sup> para llevarla a cabo, la naturaleza tanto de la discrecionalidad como de los conceptos jurídicos indeterminados admiten que se establezca variadas opciones de actuaciones, es precisamente esta *naturaleza* de ambas instituciones las que posibilitan el actuar discrecional de la administración bajo la premisa de la escogencia de la decisión más racional sin que esto signifique la pérdida de la *unicidad del juicio*.

Los conceptos jurídicos si bien se relacionan a objetos no deben corresponder a una intuición sensible, de lo que resulta que nadie pueda formarse una representación adecuada de estos por esa misma condición que los envuelve<sup>176</sup>

***La representación objetiva adecuada y única es imposible de lograr en los conceptos jurídicos.***

Por ejemplo en el delito de homicidio por más que se represente en nosotros como la pérdida de la vida de una persona a manos de otra, el alcance de esta representación no es absoluta y única, bien sea porque se requiere evaluar las condiciones fácticas con la norma que describe la conducta como antijurídica, examinando tanto las condiciones jurídicas de exoneración, atenuación y graduación, o bien, porque la representación que tenemos de homicidio es graduado a través de pronunciamientos judiciales o de otras normas, piénsese en hechos como el aborto o la eutanasia. O un hecho aunque diferente, con gran similitud en cuanto su complejidad: el “matrimonio homosexual”.

Una distinción de orden lógico entre imagen y concepto resulta oportuna para justificar la anterior premisa. La imagen es sensible, subjetiva y únicamente individual, todo lo contrario del concepto que pudiendo ser individual o no, debe ser lógico y no sensible.<sup>177</sup> De modo tal que no puede ser afortunado para el derecho como sistema normativo, coactivo e institucionalizado<sup>178</sup> que cada hombre tenga una imagen diferente de un concepto jurídico, o en general de las normas de derecho. Por ello que en la producción de las normas jurídicas y particularmente de los conceptos jurídicos se desarrolle un significado expreso que no se preste para equívocos e inseguridades que se traduce en antinomias, vacíos, lagunas e incongruencias que suscitan una inseguridad jurídica.

---

<sup>175</sup> Señala GARCIA MAYNEZ lo siguiente: “en el juicio prescriptivo la cópula cumple una función imperativa, en tanto en el atributivo su papel consiste en la imputación de derechos pero el contenido del deber o del derecho no lo determina la misma cópula, sino el predicado relacional (...) este elemento de la norma desempeña dos funciones: determina, por una parte, la conducta objeto del deber o del derecho imputados al obligado o al pretensor, señala, por otra, al sujeto frente al cual existe la facultad o el deber (...) El correlato del predicado en la norma de derecho, es pues, la conducta objeto del deber jurídico o del derecho subjetivo. Se trata en otras palabras, de lo que el sujeto de la regulación debe o puede lícitamente hacer u omitir. Pero como, por la misma naturaleza de tal regulación, los juicios prescriptivo y atributivo se implican recíprocamente, la parte de estos constitutiva del predicado no solamente expresa cuál es el objeto o contenido del deber o del derecho, sino que apunta al otro término de la relación, es decir, al sujeto frente al cual existen la facultad o el deber”. Ob. Pre. Cit. Pág. 18

<sup>176</sup> Ibíd. Pág. 20 Conceptos como hipoteca, novación, fraude, renuncia, aval, derecho subjetivo. Nos dice Máynez –“por ejemplo: en el caso de la hipoteca puedo representarme a los contratantes en el acto de firmar la escritura en presencia de un notario, pero esa representación no corresponde al objeto jurídico “hipoteca”, sino a una acción (la de suscribir un documento), que bien podría estar referida a un negocio jurídico distinto o a un acto no jurídico”

<sup>177</sup> Ibíd. Pág. 21

<sup>178</sup> NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Ed. Ariel. Barcelona. 1983. Pág. 100 y ss.

En ese orden de ideas, los conceptos jurídicos son determinados cuando logran crear y desarrollar una representación clara y unívoca del objeto al que se refieren, como es el caso del concepto jurídico “*dolo*” el cual goza de una definición precisa que evita las múltiples imágenes respecto a él; hecho que se presenta por el contenido significativo, o mejor, la descripción taxativa dada por el órgano creador del derecho. En cambio conceptos como “interés público”, “buen padre de familia” no gozan en el marco del ordenamiento jurídico de una descripción taxativa como los determinados, la naturaleza jurídica de esta indeterminación brota de un hecho político-jurídico consiente y no como error o equivocación del productor del derecho. Decimos que es un hecho político-jurídico en tanto que el sistema jurídico requiere de la presencia de conceptos que lo *contenga y describa todo (acorde con el derecho y valores políticos de la comunidad de hombres), que perduren en el tiempo condición de la cual brota su eficacia, característica ésta que no depende de la descripción o desarrollo taxativo de su significado (como acontecería con los conceptos jurídicos determinados) sino de su propia indeterminación.*

La indeterminación de algunos conceptos jurídicos son necesarios para lograr que el sistema jurídico avance junto con el desarrollo social y no se constituya el derecho en un sistema normativo obsoleto o por lo menos anticuado y retrasado a las necesidades modernas de las comunidades políticas y económicas de Hombres, esta, es la razón de ser que el interés público se torne eficaz a sabiendas de no poseer un significado explícito en alguna norma de derecho, esto a gracia de lo que reconocemos es su *espectro de representación.*

En los conceptos jurídicos determinados e indeterminados, imagen y concepto encuentran un espacio de paralelismo<sup>179</sup>, pero a diferente escala, en la determinación lo unívoco resulta de la concreción previa que agrupa imagen y concepto, así tenemos un concepto de dolo del que brota una única imagen. En cambio, la indeterminación posibilita la producción de varias imágenes en torno al objeto del concepto, imágenes que pueden ser múltiples pero no irracionales a los principios del ordenamiento jurídico, lo que hace que conserven la unicidad de la representación, que en otras palabras, es lo mismo afirmar que si bien “interés público” no es un concepto determinado, y produce varias imágenes, la representación del concepto no puede llegar a ser disímil; *interés público* para nadie, hoy por hoy, representa que el alcalde tome los dineros públicos para construir su casa o comprar un vehículo para su hijo, pero si representa múltiples cosas como construir escuelas, pavimentar calles, sembrar árboles, demoler construcciones, reducir o aumentar restricciones, impuestos, sanciones, etc. que en términos generales representa una cosa en todas: “Interés público” es la satisfacción de todos, o por lo menos, de la mayoría.

El margen plural de decisión en los conceptos jurídicos indeterminados, -que pretendemos aquí sostener- no raya en la arbitrariedad como consideraría en su momento el gran maestro español EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA, y esto porque un margen de decisión plural no significa juicios irracionales, arbitrarios o contradictorios, sino, es la idea lógica y natural de la indeterminación, ella siempre producirá en cada hombre múltiples imágenes posiblemente yuxtapuestas, piénsese que en un cuarto donde se encuentran 100 personas alguien les pidiera representar el siguiente concepto-sujeto (*león contento*) las imágenes serían variadas y muy probablemente opuestas las

---

<sup>179</sup> De este paralelismo dice MAYNEZ- “ *Atendiendo ahora al posible paralelismo entre imagen y concepto, hallamos tres casos: imagen y concepto recogen las mismas o casi las mismas notas del objeto, sensiblemente la imagen e intelectualmente el concepto*

unas con las otras. Esta oposición de imágenes es totalmente regulada en el derecho por los principios de unidad, coherencia, plenitud y validez.

Estas múltiples imágenes yuxtapuestas son posibles y admisibles en juicios enunciativos, pero no lo son en el campo del derecho, de juicios prescriptivos o atributivos (que en primera medida no admite cualquier concepto-sujeto como señalamos anteriormente). La indeterminación, aquí, logra producir múltiples imágenes, pero todas conducirían a una misma representación, que no es lo mismo que una *única respuesta correcta*. Aquella es una condición propia que se forja en los principios de coherencia, plenitud y unidad del ordenamiento jurídico, donde las decisiones jurídicas lo son por ser racionales conforme al *ser y deber ser del derecho*, mientras, que la tesis de la única respuesta correcta parte de un ideal imposible de lograr en el derecho (llevada al extremo para lo que nos ocupa por la doctrina de la divergencia) de la exigencia tanto en la aplicación como en la creación del derecho de hallar siempre la *decisión única y justa*, no quedando otro camino para lograrlo que acudir a criterios metafísicos los cuales no tienen cabida en el derecho positivo.

Concluyendo, en la actuación discrecional como en la concreción del concepto jurídico indeterminado -como razón lógica y natural de ambas instituciones- la administración cuenta con un margen plural de decisión. En lo discrecional lo será debido a la voluntad del legislador (o por la administración en los eventos de auto otorgamiento de potestad) que entiende que para el cabal cumplimiento de las funciones y la satisfacción de los fines estatales la administración no debe estar sometida a un actuar reglado, a un proceso de subsunción, pues, las necesidades políticas y los valores jurídicos en juego así lo exigen. En la concreción del concepto jurídico indeterminado – dijimos- es la indeterminación del concepto (como escenario consecuente y no como error en la producción del derecho) la razón de existencia de variadas representaciones del concepto que por esencia del juicio jurídico guardan una racionalidad conforme a los principios de unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico que evitaría caer en la arbitrariedad, precisamente, estas representaciones se traducen en un margen plural de decisión donde la administración puede actuar conforme a ella, esperando tomar la decisión más racional posible y no (la imposible) única y unívoca respuesta correcta.

Se ha dicho también, que de la premisa inicial que reconoce al derecho como lenguaje, y de las normas como juicios, la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados son instituciones que convergen en dos sentidos, *formal* por hallarse una y otra en el enunciado normativo y en el predicado relacional de la norma jurídica; *material* porque del proceso de interpretación se logra advertir la presencia de varias normas jurídicas en una y otra institución, en la discrecionalidad porque el enunciado normativo se construye con ese objetivo, con el fin que la administración obtenga varias normas acordes con el derecho que a ciencia cierta son el margen de decisión plural, y en los conceptos jurídicos indeterminados por la propia naturaleza del concepto que da entrada a la existencia de múltiples representaciones que se traducen en margen de decisión plural de la administración.

## B. DOS HERRAMIENTAS CONFORME AL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

Atrás quedó la reducción hecha en el antiguo positivismo del derecho a la ley, sobre esa concepción insuficiente y reducida, se sostiene en nuestros días el principio de juridicidad, que en el campo específico de la actuación de la administración se circunscribe a la sujeción de ésta al derecho y no simplemente a la ley. La juridicidad de una actuación significa un aspecto más amplio de una mera acción conforme a la legalidad en sentido estricto, implica un actuar jurídico que se respalda no solo en el acatamiento estricto de la ley como fuente y fin último del derecho, sino del derecho como un todo racional y complejo<sup>180</sup>.

La juridicidad como el acatamiento al derecho significa en consecuencia el reconocimiento de unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico, y del papel especialísimo que cumplen los principios del derecho y de orden constitucional que llevan a cabo esa unificación, a ellos queda vinculado tanto la acción de producción como aplicación de normas jurídicas.

El principio de legalidad en estricto sensu presupone la producción del derecho en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa, de modo que la justicia, los derechos quedan reducido a la ley misma, lo que termina siendo una *inercia metal a la cual se opone el estado constitucional*.<sup>181</sup> En el estado constitucional la ley debe adecuarse y por tanto subordinarse a un *estrato más alto de derechos establecidos en la constitución*. Este cambio posicional de la ley presupone una crisis y pérdida de vigencia de la tesis que sostenía una distinción en la sujeción a la ley por los particulares y la administración, aquellos en razón de la libertad, y ésta, en razón de un poder limitado.

El jurista italiano ZAGREBELSKY opina al respecto que -

“la crisis de la vinculación de la Administración a la ley previa deriva de la superación, por parte del aparato del Estado, de su función prevalentemente “garantizadora”- es decir, de su función de garantía concreta de las reglas jurídicas generales y abstractas mediante actos aplicativos individuales y concretos (prohibiciones, autorizaciones, habilitaciones, decisiones, etc.)- y de la asunción de tareas de gestión directa de grandes intereses públicos. La realización de estas tareas de gestión requiere la existencia de grandes aparatos organizativos que actúan necesariamente según su propia lógica, determinada por reglas empresariales de eficiencia, exigencias objetivas de funcionamiento, intereses sindicales de los empleados (por no hablar de las reglas informales, pero no por

---

<sup>180</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho administrativo. Bases fundamentales. Tomo II. Ed. Jurídica de Chile. 1996. Pág. 20 y ss. Para este autor el principio de juridicidad en un medio para alcanzar el principio de supremacía constitucional, el cual se orienta a la consecución del principio de promoción del bien común por parte del estado con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas “*bien común, que finalmente, es un medio para alcanzar el fin último del derecho, que no es sino el bien de las personas, primacía de la persona que se impone- tanto desde el punto de vista del ser como del fin- desde que la persona es el sujeto, principio y fin de toda sociedad, de todo Estado, de todo derecho*”

<sup>181</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón., Ed. Trotta. Séptima edición. Madrid-España. 2007, pág. 33

ello inexistentes, impuestas por el patronazgo de los partidos políticos). Este conjunto de reglas es expresión de una lógica intrínseca a la organización y refractaria a una normativa externa. He aquí un importante factor de crisis del principio tradicional de legalidad.

Quienquiera que reflexione sobre su propia experiencia con las grandes organizaciones públicas dedicadas a la gestión de intereses públicos, como por ejemplo la sanidad o la enseñanza, seguro que podrá ofrecer muchos ejemplos de la fuerza ineluctable de la que podríamos llamar la concreta *<legislatividad de la organización>*. Frente a ella, el principio de legalidad, es decir, la predeterminación legislativa de la actuación administrativa, está fatalmente destinado a retroceder

Incluso la realización de tareas administrativas orientadas a la producción de derechos – piénsese de nuevo en el sector de la sanidad y la enseñanza- puede comportar a menudo restricciones que no están predeterminadas jurídicamente. Ello supone un vaciamiento de la función *<liberal>* de la ley, como regla que disciplina la colisión entre autoridad y libertad

Se afirma así un principio de autonomía funcional de la Administración que, en el ámbito de leyes que simplemente indican tareas, restablecen situaciones de supremacía necesaria para el desempeño de las mismas, atribuyendo implícitamente, en cada caso, las potestades que se precisan para su realización. En estos supuestos no podría hablarse. Salvo a costa de un malentendido, de mera ejecución de la ley. En presencia de objetivos sustanciales de amplio alcance, indicados necesariamente mediante formulaciones genéricas y cuya realización supone una cantidad y variedad de valoraciones operativas que no pueden ser previstas, la ley se limita a identificar a la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro de un fin de interés público. Para todo lo demás, la administración actúa haciendo uso de una específica autonomía instrumental, cuyos límites, en relación con el respeto a las posiciones subjetivas de terceros, resultan fundamentalmente imprecisos

En estos casos, en efecto, es propio de la Administración, y no de la ley, *<individualizar el área sobre la que debe desplegar sus efectos en el momento en que la aplica>*. Por tanto, corresponderá también a la Administración establecer la línea de separación entre su autoridad y la libertad de los sujetos. Esto es particularmente evidente (y necesario) en los ya numerosísimos casos en que se confieren a las administraciones funciones a mitad de camino entre acción y regulación: las funciones de planificación. Dichas funciones inciden normalmente en el ámbito de la actividad económica: precisamente un ámbito *<privilegiado>* de la tutela legislativa de los particulares, según la concepción de la legalidad característica del siglo XIX<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> Ibíd. Pág. 101 y ss.

La existencia de objetivos sustanciales de gran contenido y de naturaleza indeterminada (ej. La paz, desarrollo, interés público, orden justo) determinan como se refiere ZAGREBELSKY un cambio funcional de la administración, no sujeta de manera exclusiva y formal a la ley; la satisfacción de estos objetivos político-jurídicos exigieron dotar a la administración de una voluntad no absoluta, ilimitada y arbitraria (autonomía instrumental), proveniente del ordenamiento jurídico, y particularmente de la ley o el reglamento, eso se da, precisamente, porque la administración no realiza un mero proceso de particularización de la ley, ella en la aplicación de ésta debe evaluar condiciones que van desde la oportunidad, la conveniencia, la sostenibilidad fiscal, la legalidad, la reducción de riesgo o de imposición de cargas administrativas excesivas que rayen con el respeto de los derechos fundamentales. Se presenta así una relación lógica entre fines y medios, es decir, para cumplir con los objetivos fundamento de este pacto político-constitucional se hace indispensable moldear la organización para ello<sup>183</sup>.

La efectividad del sistema constitucional descansa en que pueda cumplirse con los objetivos propuestos, esto es quizás el reto de todo gobierno (*poder cumplir lo acordado por todos y expuesto de manera expresa en un texto político con valor normativo*) compromisos a los cuales no se puede escapar o negar. Para esto es necesario que la administración cuente con un margen plural de decisión, que se traduce en múltiples valoraciones objetivas (pueden existir múltiples respuestas racionales para lograr la paz, el desarrollo, para un orden justo, etc.).

Como hemos sostenido, dos, son las zonas de permiten un margen de decisión plural a la administración: la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, a diferencia de la potestad reglada que siempre conduce a una única respuesta correcta, dada por el proceso de subsunción contenido en ella. Tanto la discrecionalidad como la concreción de estos conceptos no son contradictorias de la sujeción al derecho. Y no pueden serlo, porque ni lo volitivo ni lo cognitivo en el actuar administrativo queda excluido de la sujeción al principio de juridicidad o lo que es lo mismo al respeto del derecho.

No sería admisible en el marco del respeto al derecho creer que la conducta volitiva de la administración descansa en una voluntad absoluta, precisamente, la juridicidad de toda actuación administrativa, implica que, ella, por más que en la *ley* no se estipule, deba ser acorde a los principios del ordenamiento jurídico. La administración no puede hacer lo que quiera, y tampoco puede concretar un concepto indeterminado como quiera (no puede ser cualquier cosa el desarrollo, la paz, orden justo o interés público), estos son los efectos del encapsulamiento de respeto de la actuación de la administración al derecho; igual suerte corre la conducta de los particulares<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> Se había dicho que la actuación de la administración frente a una potestad discrecional y los conceptos jurídicos indeterminados es disímil, pues, mientras en el ejercicio de la primera cuenta con un criterio volitivo, en los segundos solo hay cabida para un proceso cognitivo sustentado en la búsqueda de la única respuesta correcta (ENTERRIA). En el apartado anterior nos dedicamos de demostrar la no existencia de una única respuesta correcta, o por lo menos desde lo empírico, argumentos que apoyados del positivismo analítico y de la lógica del juicio, logran crear un punto de convergencia entre ambas instituciones que por su naturaleza están llamadas más que yuxtaponerse a acoplarse.

<sup>184</sup> En palabras de ZAGREBELSKY. “En segundo lugar, se produce también una pérdida de la posición originaria de los particulares frente a la ley en numerosos sectores del derecho que ya no se inspiran en la premisa liberal de la autonomía como regla y del límite legislativo como excepción” Ob. Pre. Cit. Pág. 35

*Lo volitivo y lo cognitivo* se sumergen en el mar de contenido del derecho, de modo que, ni la una ni la otra resultan en efectos diferentes, lo volitivo debe ir acompañado de un racionamiento conforme al derecho, lo mismo que lo cognitivo. Partiendo de esta premisa no existe necesidad alguna de diferenciar discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados desde la lógica volitivo-cognitivo, más aún cuando en estos últimos no existe una única respuesta correcta, sino una de las tantas jurídicamente racionales, consecuencia que predicada de la actuación discrecional, resulta ser la misma: de múltiples acciones que pueda emprender volitivamente la administración de acuerdo al principio de no agravación de los derechos fundamentales e imposición de cargas administrativas injustificadas debe optar por la conducta jurídicamente racional (sin que esto da a entender que exista una única respuesta que faculte al juez <como oráculo de la verdad> para sustituir la decisión de la administración).<sup>185</sup>

Satisfacer los *objetivos políticos-jurídicos* no puede lograrse como la mera aplicación automática del contenido de la ley, a suerte de un proceso de particularización; el logro de satisfacción de estos objetivos depende de que la administración valore, construya, interprete, concrete y determine ese contenido normativo para llevar a cabalidad su función institucional, función que se desarrollara de manera legítima y jurídica en la medida que salvaguarde los principios del ordenamiento jurídico. Un acto administrativo se apoya de la juridicidad predicada cuando se respeta el principio de buena fe, confianza legítima, igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, siendo vicios de este, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad,<sup>186</sup> la falta y falsa de motivación como acto explícito a favor de la salvaguarda del derecho de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva.

En ambos escenarios existe un juicio de valor subjetivo, y para que este juicio sea racionalmente jurídico debe ajustarse en el marco de principios del ordenamiento jurídico, fuera de él, se torna en ilógico y antijurídico debiendo desaparecer del ordenamiento jurídico a manos de la propia administración (revocatoria directa) o por vía judicial, en la que el juez no pretende definir si la actuación administrativa se apoya en la única respuesta correcta (*que no existe*), sino en que esta

---

<sup>185</sup> DOMINGO SESÍN apoyado de esta sujeción de la administración al principio de juridicidad define la discrecionalidad administrativa de la siguiente manera: “ como una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que ,mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho. su cometido trascendente es agregar un elemento nuevo a ese ordenamiento” en: SESIN, Domingo. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”. Documentación administrativa, núms. 269-270 de 2004. Argentina. Pág. 89,90

<sup>186</sup> SESIN, Domingo. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”. Documentación administrativa, núms. 269-270 de 2004. Argentina. Pág. 89. Propone el autor un control de juridicidad de la discrecionalidad administrativa “*la estrategia o metodología judicial no debe construir su silogismo lógico-jurídico sobre la base sólo de la ley, sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico*”. En cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados dice GALLEGU ANABITARTE, Alfredo, MENENDEZ REXACH, Ángel, y otros. Acto y Procedimiento Administrativo. Ed. Marcial Pons. España. 2001. Pág. 87, 88, 89. Que – “A nuestro juicio, no obstante, el maximalismo de la tesis de “unidad de solución justa” debería relativizarse, en el sentido de admitir que, en algunos casos, la subsunción bajo un concepto normativo indeterminado es, simplemente, tolerable, defendible, razonable”



se apoya racionalmente en principios del ordenamiento jurídico, o lo que es lo mismo, el estudio de los fundamentos que hacen a la decisión válida<sup>187</sup>.

En ese orden de ideas, no debe, ni hay razón alguna para rechazar como se pensó en la doctrina de la divergencia reconocer criterios volitivos en sede de la administración al momento de la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados. Son precisas al respecto, las palabras del profesor JUAN DOMINGO SESIN –

*“Aceptar entonces que el procedimiento de concreción de un concepto jurídico impreciso sea sólo intelectual, negando la posibilidad de que éste, según el caso, pueda también ser volitivo o discrecional, importa, en mi criterio, un grave error, capaz de acarrear la eliminación de la discrecionalidad y, por ende, promover el control judicial total”*<sup>188</sup>.

En conclusión tendríamos que desde el enfoque de integridad del ordenamiento jurídico que forja el principio de juridicidad, es admisible, el reconocimiento de existencia de la antagónica potestad discrecional, en cuanto que si bien esta no refiere a un margen de no existencia de ley (tesis de vinculación negativa), sino todo lo contrario, que ella proviene del mismo ordenamiento jurídico (tesis de vinculación positiva), debe ser reconocible a la administración actuar volitivamente en el marco de la ley (sentido amplio-juridicidad), específicamente, como hemos referido, en la libertad de elección de motivos, libertad que por supuesto es relativa en cuanto que no puede ser absoluta ni contraria a los principios del ordenamiento jurídico, a los fines del estado, y al respeto de los derechos Humanos. Por otro lado, la concreción del concepto jurídico indeterminado, dijimos es un acto volitivo que asimilamos de *arrastré* de un hecho al espectro del concepto, también relativo, en cuanto no cualquier hecho puede ser arrastrado al espectro de representación del concepto jurídico indeterminado. La convergencia de ambas instituciones se traduciría en la existencia de un margen plural de decisión enmarcado bajo el respeto del principio de juridicidad.

## CAPITULO SEGUNDO

### LOS PRESUPUESTOS DE CONSTRUCCION DE LA “DISCRECIONALIDAD AUMENTADA”, ALCANCES Y LÍMITES

El cuadro creado para la convergencia de ambas instituciones, si bien las asimila, evita que acontezca la *sustitución* producida por la doctrina de la divergencia, esto en cuanto que siendo

---

<sup>187</sup> DOMINGO SESIN reconoce el margen de apreciación de los conceptos jurídicos como una “particular modalidad discrecional”. *Ibíd.*

<sup>188</sup> *Ibíd.* Pág. 96 señala de igual modo que “Asimismo, podría generar innumerables inconvenientes en la praxis administrativa y judicial, ya que bastaría la mención de ellos por la norma para deducir que al presuponer un razonamiento objetivo todo es controlable, sin distinguir, con precisión, cuándo hay en verdad discrecionalidad y, por consiguiente, limitación del control (...) En definitiva, los conceptos jurídicos indeterminados son, en mi criterio, creaciones artificiosas que buscan reducir o aniquilar el espacio de libertad, en lugar de iluminar sus zonas limítrofes y postular una armónica convivencia, aceptando una realidad tan insoslayable como la vida misma del ser humano, que también discurre entre zonas signadas por la fatalidad y la libertad”

convergentes tanto la discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado, son instituciones distintas que pueden coexistir dentro de un mismo enunciado normativo, es decir, y de hecho se puede presentar, que en un mismo texto normativo se exprese una potestad discrecional traducida en la libertad relativa de elección de motivos, y un concepto jurídico indeterminado que posibilita a la administración ejercer un acto de *arrastre*. De este encuentro entre ambas instituciones convergentes pero no sustituibles, nacerá lo que concebimos es la potestad de DISCRECIONALIDAD AUMENTADA, entendida primero como el efecto inmediato de reconocer que tanto la discrecionalidad y la concreción del concepto indeterminado se funden sobre criterios volitivos de la administración; segundo, del encuentro siempre posible en una norma que posibilita a la administración a la de la libertad de elección de motivos y al acto de arrastre, y tercero del efecto de aumento que produce este concepto sobre la discrecionalidad, que no es más que la negación de sustitución proveniente de la doctrina de la divergencia, y, la negación de la también concepción de control de fondo (que termina a gracia de la sustitución de forma) que la doctrina docto al concepto jurídico indeterminado, de tal manera, a no ser *relativizantes* estos conceptos de la discrecionalidad, solo queda una salida lógica, cual es admitir y reconocer el efecto de aumento que estos producen sobre aquella.

La discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados, se revelan como instituciones convergentes más que divergentes y será de esta precisa condición, que puede sostenerse como veremos en este apartado, el efecto de aumento que producen estos sobre aquella, el resultado a esperar es un tipo de discrecionalidad que hemos osado denominar **AUMENTADA**, la eliminación del juicio disyuntivo del concepto jurídico y su calificación tipológica en el mundo de las potestades administrativas son las piezas centrales de su construcción, junto al reconocimiento de un control judicial anclado en las premisas del principio de juridicidad.

## SECCION 1. LAS PIEZAS DE LA DISCRECIONALIDAD AUMENTADA

La discrecionalidad AUMENTADA es la *convergente* consecuencia producida por los conceptos jurídicos indeterminados, sustentada en la eliminación en el mundo de estos conceptos del juicio disyuntivo (*tertium non datur*), de la imposible existencia de una única respuesta correcta, y del reconocimiento de un tipo de actuación administrativa producto del encuentro entre lo discrecional de la potestad y lo indeterminado del concepto en un mismo enunciado normativo.

### A. LA PIEDRA ANGULAR: LA ELIMINACION DEL JUICIO DISYUNTIVO DEL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO.

Los conceptos son producto de las representaciones, el medio que las define y dota de significado, son herramientas del lenguaje que posibilitan la comunicación *subjetiva y objetiva*<sup>189</sup> en un ambiente social, pues se logra estipular en ellos, conocimientos, experiencias, objetos, sensaciones, ideales, etc. Un mundo sin conceptos es lo mismo que un bosque sin árboles, lo que

---

<sup>189</sup> Subjetiva en el hecho de poder transmitir las representaciones individuales y objetiva porque el conocimiento, la ciencia, el entendimiento, se sustentan en conceptos objetivos, a los cuales por la esencia lógica de la ciencia que se estudie no puede dotársele de cualquier significado. A título de ejemplo una "hormona" no puede ser cualquier cosa, así como persona en el derecho no puede poseer cualquier significado.

hace al mundo de los hombres tan diferente del mundo natural de los seres vivos, es precisamente la construcción de cuanto concepto se ha ocurrido, cuyo objetivo ha sido significar una representación.

Las representaciones son difundidas a gracia de los conceptos, sin ellos, un proceso de comunicación sería superfluo (creo que imposible). De allí, de esta necesaria lógica, que cobre importancia la relación representación-concepto: alguien quiere decir algo a otro; ideas como palabras, todas, deben poseer un significado, que es recogido por el concepto.

En materia de los conceptos jurídicos estos se desarrollan en un sentido comunicativo complejo, circunscrito no solo a la ciencia del derecho, sino a las interacciones sociales entre sujetos iguales, y en el desenvolvimiento de las instituciones. Lo que quiere decir, que un concepto jurídico queda sometido tanto a la razón *creación- aplicación* del derecho, como a la condición de validez, eficacia, y significancia del derecho como sistema normativo, al margen de afectación de la órbita interna de los sujetos de derecho, *-o lo que sería lo mismo-* del alcance de las órdenes del derecho, y otro tanto, al desarrollo institucional del Estado, a la interacción entre sus partes en aras de lograr una unidad normativa concreta y segura.

Los conceptos jurídicos son así representaciones *desde* del derecho, de lo que es y puede llegar a ser, sea ciencia, lenguaje o sistema, el derecho se constituye como una herramienta lógica y necesaria que permite la convivencia social de todas las individualidades<sup>190</sup>. Las normas jurídicas en sentido particular, contienen palabras dotadas de significado (*conceptos*) cuyo objetivo principal es comunicar una representación general. De modo, que, se hace indispensable en el proceso de creación del derecho -por principio- en cabeza del legislador y de la aplicación hecha por el juez o la administración, que no se pierda, en este proceso de comunicación – que es a final de todo, eso- la significancia del concepto y de la representación, el apartamiento de esta condición, es un hecho que deteriora la auto-exigida UNIDAD, COHERENCIA Y PLENITUD del derecho.

Representación y conceptos jurídicos, son el resultado de la atracción de los hechos por el derecho, entendiendo esta atracción, como un proceso de *imputación*, de construcción normativa en la cual a partir de un supuesto de hecho se *imputa* una consecuencia jurídica, por y a razón de ello, puede ocurrir que conceptos técnico ( los usados por una ciencia en especial), o generales (de uso común), sean apropiados por el derecho, manteniendo su significado o por el contrario transformándolos, más probable en estos últimos que en los primeros, por otro lado, puede

---

<sup>190</sup> CARNELUTTI, Francesco. La metodología del derecho. Ed. Temis. Colombia.2011. Pág.6, 7.El gran maestro Carnelutti a indagar sobre la materia del derecho, y su condición de ciencia, describe que partiendo de lo que es dato y resultado en la ciencia, puede referirse que el dato es la regla del derecho y el resultado la regla sobre el derecho, esta última denominada regla de la experiencia jurídica. Dice al respecto –“*cuya confesión llega hasta el punto de que se ha dudado si se puede hablar de una ciencia del derecho, porque precisamente las reglas que buscamos no serían reglas de la naturaleza. (...) La verdad es que también el arbitrio del legislador tiene sus límites; o, en otras palabras, que también el legislador, si bien impone las leyes a los hombres, obedece las leyes de la naturaleza. Puede, por ejemplo, mandar que un hombre, si ha cometido determinada acción deje de vivir, pero no puede obtener que muera sin que le maten. Son , pues, las reglas que están sobre el derecho las que buscamos para enseñar a construir, a maniobrar, a observar las reglas que están dentro del derecho, en otros términos, buscamos la ley de la ley*”

acontecer que el derecho construya conceptos propios de su esfera, conceptos que llamamos técnicos jurídicos.

En una u otra forma los conceptos jurídicos se desarrollan por el derecho, de manera formal y material, o lo que es lo mismo, los conceptos jurídicos parten de una determinación legal, en sentido general desde el ordenamiento jurídico<sup>191</sup>.

En palabras del profesor español MANUEL MARTIN GONZALEZ existen tres tipos de conceptos jurídicos a partir de su determinación legal: conceptos jurídicos determinados, que pueden ser directamente determinados de forma explícita o implícita; indirectamente determinados, bien por remisión a la experiencia común y general, o bien, por remisión a la experiencia técnica; y conceptos jurídicos indeterminados<sup>192</sup>.

El derecho reglamenta la vida social, y para ello, debe cumplir con dos exigencias, la primera rigidez y estabilidad, y la segunda flexibilidad y evolutividad, estas exigencias lo hacen un sistema normativo seguro y adaptable a las transformaciones y modificaciones de la vida social. Habrán entonces, por un lado, formulas jurídica en el derecho que garantizan la seguridad de las relaciones jurídicas, y, por otro lado, fórmulas que permiten la adaptación del derecho al contexto social, desprendiéndose, la existencia de reglas fijas, estables, precisas, completas, detalladas, rígidas e inmóviles, y reglas genéricas, elásticas, flexibles, completables, móviles, fluidas, inestables.<sup>193</sup>

---

<sup>191</sup> El profesor MARTIN GONZÁLEZ, atendiendo a la correspondencia con los rasgos extrajurídicos esenciales al concepto, distingue entre **nociones conceptuales y nociones funcionales**. Las primeras, son aquellas que corresponden a conceptos precisos, definidos por sus esenciales caracteres extrajurídicos, correspondiéndose con la realidad o con un ideal trascendente; los segundos, funcionales, son instrumentales y se utilizan para la consecución de un determinado resultado, sin que correspondan a un concepto definido ni a sus caracteres esenciales extrajurídicos: constituyen el reino de las ficciones y de las presunciones legales. Pudiéndose presentar dos casos -como aclara- “o bien que la norma cree un concepto que no existe o no está debidamente perfilado ni técnica ni socialmente, o bien que, aun existiendo, la norma configure de forma que no se corresponda (o no se corresponda exactamente) con sus caracteres esenciales, ora técnico, ora sociales, es decir, con la idea comúnmente admitida en la sociedad o en las ciencias”. MARTIN GONZALEZ, Manuel. “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”. *Revista de la administración pública*, núm.54,, 1967. Pág. 211,212. ejemplos de casos funcionales- (superficie expropiables establecido a efectos de expropiaciones urbanísticas , familia a efectos de asistencia médico-gratuita, fenómeno y actividad turística, edificio público escolar, escuela unitaria, escuela graduada y colegio nacional de enseñanza a efectos de la ley de educación

<sup>192</sup> Ibídem.

<sup>193</sup> Ibídem. Pág. 199, 200-202. Dice el autor: “en nuestro entender, no se puede plantear una polémica sobre si el derecho, en virtud de esa su exigencia de seguridad unánimemente reconocida, debe elaborar exclusivamente definiciones relativamente simples y fáciles de manejar, o si, por el contrario, ha de preocuparse de elaborar definiciones científicamente correctas, ya que la propia naturaleza de la realidad a que se han de aplicar exige la presencia conjunta de ambas. A veces la necesidad de seguridad prevalece de modo absoluto sobre las consideraciones de verdad y oportunidad (derecho punitivo-penal o no- requisitos formales y procedimentales, competencia, etcétera); otras, en cambio, y dada la complejidad, variedad o posible variación en el tiempo de determinadas categorías de relaciones sociales, ha de prevalecer la flexibilidad si no se quiere correr el peligro de graves desaciertos axiológicos. En la actualidad se advierte, sin embargo, un esfuerzo por todos los ordenamientos por eliminar lo vago de la idea mediante conceptos

Estas clases de reglas, se constituyen en dos tipos de conceptos: determinados e indeterminados. La indeterminación jurídica-normativa de los conceptos permite al aplicador de estos, tomar decisiones con apoyo en valoraciones subjetivas<sup>194</sup>, valoraciones que van presentándose en la reducción de la regla general en especificaciones con el objeto de ajustar estas a las realidades sociales.

Para MARTIN GONZÁLEZ existe indeterminación normativa o legal, cuando la norma permite que el órgano que la ejecuta, aplique sus propias valoraciones con el fin de llenar ese vacío dejado por la inexistencia de módulos, o, por ser estos, muy vagos y genéricos, significa, que la norma confía a la administración un cierto ámbito, más o menos amplio, según los casos, de propia concreción, a contrario, de lo que acontece con los conceptos jurídicos determinados, en donde la decisión final se conoce de antemano por el órgano ejecutante. De modo que los conceptos jurídicos indeterminados permiten una actuación volitiva a la administración, que actúa de esa manera por la libertad que tienen de concretar el concepto. Esto significa – tal como hemos sostenido- que este tipo de conceptos no encierran una única respuesta correcta.

La posición asumida por Martín González, es contraria, a la del maestro García de Enterría, como lo deja claro con sus propias palabras-

*“anticipamos, pues, y desde ahora, que para nosotros existe una clara correspondencia, de un lado, entre conceptos jurídicos determinados, cuya aplicación se corresponde con el ejercicio de facultades regladas y, por tanto, con la posibilidad de revisión jurisdiccional de dicho ejercicio por violación de la norma que los determina (aparte los vicios primarios que puedan afectar al acto de aplicación, vicios en cuanto a la competencia, procedimiento, forma, etc.), y de otro, entre conceptos jurídicos indeterminados, ejercicio de facultades discrecionales e imposibilidad de impugnación de la aplicación realizada, salvo, por desviación de poder (y aparte siempre la impugnabilidad de los elementos reglados del actio)”<sup>195</sup>*

---

*unificadores, un aumento de esa sed de precisión del espíritu humano, una evolución de la directriz hacia la regla. Pero la vida social, infinitamente múltiple, compleja, cambiante, no puede ser conducida y reconducida a una colección de hipótesis a priori a las que el derecho habría provisto de otras tantas soluciones uniformes; de ahí, y puesto que el derecho está obligado desposarse con la plasticidad de la vida, la necesidad de fórmulas amplias, elásticas, cuya maleabilidad permita su aplicación a todos los casos, previsibles o no, atribuyendo a cada uno de ellos el trato apropiado”*

<sup>194</sup> Ibidem. *“aquellos supuestos en que hay que entender que la norma se remite, para la necesaria determinación que exige la aplicación a los casos concretos, a la experiencia común y general o técnica y profesional, de aquellos otros en que dicha tarea se encomienda expresamente a las valoraciones subjetivas del órgano al que se encarga tal aplicación; en sentido atécnico y prejurídico, en ambos supuestos hay indeterminación (lógica); en sentido jurídico no se puede hablar, sin embargo, de indeterminación legal (normativa, para ser más precisos) de los conceptos, sino en el último de los supuestos, es decir, cuando la norma no establece unos módulos o, aun estableciéndolos muy vagos y genéricos, se encomienda al órgano su aplicación de acuerdo con sus propias valoraciones”*

<sup>195</sup> Ibid. Pág. 203. Eduardo García de Enterría –por su parte, sostiene– *“por ello, el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo*

Siguiendo las disertaciones hechas por el profesor Martín González, los conceptos jurídicos determinados son aquellos cuyo contenido se precisa en la norma que los crea ya sea de manera explícita o implícita, o porque la norma contiene una remisión por lo general tácita, pero a veces expresa, a una experiencia común y general, o, técnica y profesional en la que puede encontrarse los perfiles o caracteres esenciales de dichos conceptos. Dos, son las categorías diferenciables de estos conceptos determinados: conceptos jurídicos directamente determinados, cuya determinación del concepto se hace por la norma, y conceptos jurídicos indirectamente determinados, donde la determinación se logra por la remisión que la norma hace a la experiencia de quien debe aplicarlo.

La determinación puede originarse desde el ordenamiento jurídico, de manera explícita, esto es cuando se formula el significado del concepto en la norma de manera expresa y clara (por ejemplo dolo, culpa, arrendamiento, compra-venta, homicidio, urgencia manifiesta); pero cuando la remisión no es a la norma, sino a todo el ordenamiento jurídico, se estará de manera implícita en la determinación del concepto<sup>196</sup>; aunque de una u otra forma, la determinación implica una interpretación exacta de los mismos.

---

*de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse; por otra, al sentido jurídico preciso que la ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea. Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales (...) la funcionalidad inmediata de esta fundamental distinción se comprende en seguida: allí donde estemos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación” “(...) He aquí, por ejemplo, el concepto de casa ruinosa, típico concepto jurídico indeterminado. Ante una casa determinada no cabe más que una sola solución justa: la casa es ruinosa o no es ruinosa. Es claro, entonces, que esta determinación no puede ser objeto de una facultad discrecional, sino que se trata de un problema de aplicación de la ley en un caso en concreto”- concluye-“el tribunal supremo, con absoluta corrección, no ve ningún obstáculo en entrar en el fondo de si existe o no existe casa ruinosa en el caso particular, y de rectificar, por consiguiente, el juicio de la administración” GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. ob. pre. cit. Pág. 47,48*

<sup>196</sup> *Ibíd. Pág. 206, 208. Para el autor este tipo de conceptos conducen a la teoría del reenvío normativo – “la conclusión a que habrá de llegarse dependerá precisamente de la naturaleza del reenvío. Si se trata del que, utilizando la terminología consagrada para las normas, llamamos material o recepticio, será evidente que los caracteres de tales conceptos pueden no ser exactamente los que tengan en dichas disciplinas, porque una vez integrados en la norma jurídica, desaparece toda sujeción del concepto a la disciplina originaria y sus verdaderos perfiles serán los que, al apropiárselos, la norma jurídica le haya atribuido, con total independencia, insistimos, de su coincidencia o no con los originarios. En tal supuesto tampoco debe caber duda alguna sobre el carácter auténticamente jurídico del concepto. Cuando el reenvío, en cambio, sea formal o no recepticio, las normas y los respectivos conceptos de tales disciplinas adquieren cierta relevancia jurídica, como decimos más arriba, pero conservan los perfiles que en las mismas tengan y no adquieren, por el simple dato del reenvío, el carácter de auténticas normas y conceptos jurídicos hasta que no se hace uso de los mismos en los casos concretos. En el primer caso, estamos en presencia de conceptos jurídicos directamente determinados y explícitamente formulados; en el segundo, ante conceptos cuyo contenido*

Para el autor los *Conceptos jurídicos indirectamente determinados*, son aquellos cuya determinación no se realiza directa, sino indirectamente, por la ley. Este tipo de conceptos es determinado por la tácita remisión que se hace a la experiencia, pero para que tales conceptos no sean estériles es preciso aplicarlos a los casos concretos, y para que opere esta aplicación es menester puntualizar su contenido, mediante la utilización de una serie de nociones que escapan del acervo jurídico, pero que están referidas al mismo objeto material del concepto jurídico.

Dice el profesor Martín- que en la primera de las dos hipótesis de determinación indirecta, que es la remisión a la *experiencia vulgar* suele ser siempre tácita, sin que esto impida que sea algunas veces expresa, como ocurre en los casos de la remisión a la *experiencia técnica*, pero esta remisión, siempre debe ser *formal o no recepticia*, pues, *<como se intuye fácilmente, la material y recepticia daría lugar a conceptos directamente determinados>*.<sup>197</sup> Los *conceptos determinados por remisión a la experiencia vulgar*, son conceptos cuyo contenido sólo queda completado con el resultado de la experiencia común y general a que la norma tácitamente reenvía, significa esto que el reenvío se dirige a las concepciones generales del concepto *<son conceptos que se comprenden mejor que se definen, y que por ello, ni por la doctrina, ni por la costumbre, ni por la jurisprudencia, ni por la ley, han sido definidos>*<sup>198</sup> de tal modo, que la determinación de estos conceptos podría efectuarse acudiendo a la aplicación de *standard jurídicos*, que de todas maneras conducen a la unívoca decisión.<sup>199</sup>

En cambio los conceptos determinados por remisión a la experiencia técnica, describe el profesor español- son los que la remisión hace a una experiencia especializada, técnica<sup>200</sup>, que no pertenece

---

*vendrá determinado precisamente por el que en la disciplina de que forman parte le corresponda, por lo que, desde el plano jurídico, calificaremos tal determinación de indirecta*".

<sup>197</sup> Ibíd. Pág. 214. Pero nos dice- "A veces, sin embargo, nos encontramos con que la remisión es en parte *formal o no recepticia* y en parte *materia y recepticia*. Se podría entonces plantear la cuestión de fijar si se trata de un concepto *directa o indirectamente determinado*. Nosotros creemos que es la segunda de ambas hipótesis la que debe prevalecer, puesto que el concepto sólo queda efectivamente determinado con la portación del resultado de la experiencia a que el concepto remite. Su utilización es frecuente en normas administrativas; bástenos ejemplificar con los conceptos de *agua potable, sanitariamente tolerable e impotable, establecidos a efectos del respectivo servicio del abastecimiento*".

<sup>198</sup> Ibídem.

<sup>199</sup> Ibíd. Pág. 223. Refiere el autor - "*pero puesto que la norma pensó en una determinación unívoca, aunque no llegara a expresarla unívocamente, la decisión final sobre la corrección o menos de la determinación del concepto realizada al aplicarlo, debe corresponder a los Tribunales y, por tanto, la aplicación primaria por la Administración debe ser revisable jurisdiccionalmente, para comprobar en qué medida se ha interpretado y aplicado rectamente el único sentido de la norma*".

<sup>200</sup> Ibíd. Pág. 229. Entendiendo por actividad técnica, lo que se pueda hablar en un sentido amplio y en un sentido estricto, considerándola como una especie de la actividad administrativa. "*en la primera de ambas acepciones puede entenderse por actividad técnica el conjunto de aptitudes y conocimientos necesarios al ejercicio de cualquier actividad; el complejo de reglas conforme a las cuales debe realizarse cualquier trabajo intelectual o manual para que esté bien hecho. Existe así una técnica del juez, del buen administrador, una técnica jurídica, contable, política, administrativa..., etc. (...) en un sentido más restringido se ha hecho derivar el concepto de la contraposición, en el campo de las ciencias, entre ciencias morales y el resto de las ciencias: así son técnicas las normas y conceptos de la matemática, física, química, medicina y los de las ciencias de éstas derivadas. (...) por lo general, cuando se habla de actividad técnica como especie de la*

a todos sino exclusivamente a los especialistas, y este conocimiento especial determinará el concepto, lo que conduce en últimas que el concepto no quede fijado por las valoraciones subjetivas de la persona u órgano competente, sino a través de la aplicación de reglas técnicas en un caso concreto. Resalta- que este tipo de conceptos indirectamente determinados fijan su alcance en cada caso en concreto, pero solo admite una respuesta, especialmente en la remisión a la experiencia técnica, la administración dejando de actuar discrecionalmente, para actuar de manera reglada-

*“efectivamente, en tales supuestos hay autolimitación, pero no de la discrecionalidad – que en ningún momento ha existido- Lo que ocurre es que la norma, que podría haberse remitido sin más y en bloque (reenvío formal) a la experiencia técnica, impone parte de los conocimientos de ésta, dejando otros a precisar por la experiencia técnica personal de quien haya de aplicar el concepto. Ahora bien, los conceptos técnicos, tanto si han sido asumidos por la norma jurídica como si ésta se remite tácitamente a la experiencia profesional de quien debe aplicarlos, no dejan (como intentamos- de acuerdo con opiniones bien autorizadas- demostrar en este trabajo) hueco alguno para la discrecionalidad. Juridizar técnicas extrajurídicas no significa, ni mucho menos, autolimitación de facultades discrecionales que en el mundo de la actividad técnica no existen”*

En la tesis de Martín González esto conduce a afirmar que tras la remisión formal no recepticia que se hace en este tipo de conceptos, los convierten en conceptos directamente determinados, y reconociendo -pareciera ser así- en la doctrina de la divergencia la unidad de solución justa, la dirige hacia estos dos conceptos (directa e indirectamente determinados) pues, lo que en realidad entiende es que siendo la remisión formal a la experiencia vulgar o al conocimiento técnico (en estos últimos), será desde la experiencia o la ciencia específica la que ordena que deba ser una sola la decisión a tomar frente al concepto<sup>201</sup>, tal como ocurre con los conceptos directamente determinados que por la remisión material y recepticia solo hay una única solución, proveniente de la decisión del legislador (quien crea el concepto).

De acuerdo a lo anterior, tanto los conceptos directa como indirectamente determinados se afirman en una solución unívoca, que llevada a la actuación administrativa solo puede desprenderse para ella una potestad reglada, sea por la directa determinación del concepto

---

*actividad administrativa, la referencia se entiende hecha a aquellas aptitudes y conocimientos necesarios solamente en el ejercicio de determinadas artes y profesiones, conocimientos provenientes de disciplinas”*

<sup>201</sup> *Ibíd. Pág. 228. Sostiene al respecto- “que un concepto indirectamente determinado- mediante remisión formal o no recepticia de la norma-se ha convertido total o parcialmente, en directamente determinado (remisión material o recepticia), pero sin cambiar por ello la naturaleza de las facultades utilizadas al aplicarlo. La vinculación, cualquiera que sea la diferencia desde el punto de vista de la real aplicación técnica, es, desde el jurídico, exactamente igual en un supuesto que en el otro. La norma no se ha remitido, es cierto, a la experiencia técnica del profesional: le han dado una, pero ello sólo quiere decir que el técnico no podrá usar- en el supuesto de una eventual disincidencia- la suya. A simple vista un profano podría decir que en un caso tiene y en el otro carece de libertad, lo que teniendo en cuenta el proceso operacional, puede ser cierto; pero, atentamente observado por un jurista, habrá de concluirse que tal libertad de elección entre varias soluciones de validez jurídica idéntica- en que sin duda reside la potestad discrecional- no existe ni en un caso ni en el otro. La experiencia profesional –propia o ajena- le vincula de modo inexorable”*



conducida a la significancia explícita del concepto a aplicar, o ya sea porque la remisión al conocimiento vulgar o técnico, solo permite un camino, controlable totalmente por el juez.

Ahora bien, en materia de *los conceptos jurídicos indeterminados*<sup>202</sup>, la indeterminación según piensa MARTIN GONZALEZ - no puede confundirse con incertidumbre, pues, la indeterminación en sentido lógico supone vaguedad, imprecisión en la fórmula empleada, que sólo marca una directriz a la actuación del agente que determina con su propios conocimientos o con su personal valoración; en sentido jurídico, la indeterminación supone exclusivamente habilitación al órgano administrativo *para que rellene con su propia valoración el contenido del concepto*. Para este autor la indeterminación significa que examinado el bloque jurídico en su conjunto, al subsistir la indeterminación subsiste la habilitación a la administración para que discrecionalmente lo determine, de ello, existe una total coincidencia entre estos conceptos y la atribución de facultades discrecionales.<sup>203</sup>

Precisas son sus palabras el profesor español-

“supongamos, como ejemplo, que la norma establece que la administración designará para cubrir determinada vacante al funcionario que considere más idóneo, sin más. Habría que entender que por aquélla se ha dejado a ésta la discrecional posibilidad de (libertad de elección para) determinar quién ha de entenderse, en un caso concreto, <más idóneo> pudiendo elegir entre considerar tal <al intelectualmente mejor dotado>, < al realmente más trabajador y constante>, < al que tenga una experiencia mayor> o a determinada combinación de cualesquiera de los criterios citados. Es en esta libertad de elección de los medios de valoración del más idóneo donde reside el poder discrecional, y éste a su vez es posible porque de la norma- que introduce el concepto jurídico indeterminado < de mayor idoneidad>- se deduce que la determinación del

---

<sup>202</sup> GAMBIER BELTRAN. Artículo: el concepto “oferta más conveniente” en el procedimiento licitatorio público (la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial) tomado del siguiente enlace: [http://www.despachogambier.com/despacho/images/pdf/oferta\\_mas\\_conveniente.pdf](http://www.despachogambier.com/despacho/images/pdf/oferta_mas_conveniente.pdf) Pág.4, 5. El autor refiere que la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados fue desarrollada en sus comienzos en la doctrina alemana, posteriormente en la española, la doctrina ha sostenido una diferenciación existente entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, estableciendo una primera diferenciación el maestro español Fernando Sainz Moreno, existiendo discrecionalidad cuando la autoridad administrativa puede elegir entre varias decisiones, de manera que en la voluntad del legislador cualquiera de ellas es jurídicamente admisible y tiene el mismo valor, a diferencia de los conceptos jurídicos indeterminados que sólo admiten una decisión jurídicamente admisible. Estos conceptos se encuentran en todo el ordenamiento jurídico y no son asunto exclusivo del derecho administrativo, algunos ejemplos -nos dice Gambier- de este tipo de conceptos podrían ser: el orden público, el interés público, integridad moral, buen padre de familia, urgencia, utilidad pública. También cuenta que en argentina la doctrina es aceptada primero por Carlos Grecco “la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa”; Juan Carlos Cassagne “derecho administrativo”; Rodolfo Barra “contrato de obra Pública” y Alberto Bianchi “la cuestión federal suficiente como concepto jurídico indeterminado”.

<sup>203</sup> MARTIN GONZALEZ, Manuel. “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”. *Revista de la administración pública*, núm.54, 1967. Pág. 254 - Sosteniendo que “un amplio sector doctrinal, sin embargo, desconociendo una arraigada tradición, ha intentado separa ambos conceptos, negando la presencia de discrecionalidad cuando tales conceptos se dan”

contenido del mismo se ha dejado en manos de la voluntad del órgano administrativo”

*“la identificación entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad, que tanto BERNATZIK como STASSINOPOULOS, LAUN Y BONNARD han sostenido, y a la que, decididamente, nos hemos adherido, ha sido negada con posterioridad, intentando no sólo separar dichos conceptos, sino significando cómo no todos los conceptos jurídicos indeterminados son automáticamente fuente de poder discrecional, sino solamente algunos siendo, el juez administrativo quien, al controlarlos ha de decidir. Bastaría una superficial ojeada a los casos citados por GOLDENBERG, refiriéndose a las diversas actitudes del Consejo de Estado frente a tales conceptos, para darse cuenta de que tal diversidad no procede sino de la falta de discriminación entre estos conceptos y los indirectamente determinados. Y así, si se da esa posibilidad, a que alude DIQUAL, de que el juez administrativo rellene las nociones vagas e imprecisas de la ley, vinculando con ello a la Administración, es precisamente porque, por no tratarse de nociones comprendidas en este apartado, sino en cualquiera de las dos formas del anterior (conceptos determinados, si bien indirectamente), no se deduce de la ley que tal determinación se haya dejado en manos de la administración”-*

La confusión entre el concepto jurídico indeterminado y la potestad discrecional construida en la doctrina de la divergencia desde la mirada de la tesis del profesor Manuel Martín González, recae precisamente en desconocer la existencia de los conceptos indirectamente determinados y confundir estos con los indeterminados, refiriendo en este sentido-

*“entre los conceptos que examinamos en este apartado y en el anterior (que es la misma que llevó un día a BERNATZIK a similar, partiendo de la existencia de una esfera de actividad intelectual en la cual los terceros no podrían controlar la exactitud o inexactitud de la deducción hecha, la conclusión de si una cosa es o no conforme al bien público, con el dictamen de un experto sobre cuestiones técnicas) es, repetimos, a nuestro juicio, la causa por la que se niega la identificación entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad.”<sup>204</sup>*

---

<sup>204</sup> Ibíd. Pág. 256. Este autor refiriéndose a MERKL dice que – “lo característico, por el contrario, de los conceptos indeterminados, que, en nuestro concepto, se corresponden con el ejercicio de facultades discrecionales, es tratarse de casos en que < existiendo una norma, son posibles diversas aplicaciones, jurídicamente diferenciables, de la misma, y son posibles a igual título y poseen el mismo valor jurídico. < el intento de armonizar la libertad discrecional con la existencia de una solución unívoca carece de fundamento y es ineficaz>”. Pág. 262, 263 “El propio MERKL, al tratar de la facultad discrecional (arbitrio, en la traducción española), parece atisbar la distinción que proponemos, al subrayar cómo frente a la esencia de aquélla, que consiste en la facultad de elegir entre diversas soluciones jurídicamente posibles y jurídicamente equivalentes, existen, efectivamente, < esferas en las que la ley persigue una solución única, aunque no llegue a expresar su voluntad unívocamente>> en tales esferas desaparecen a la vez, a primera vista, vinculación jurídica y arbitrio...> En nuestra opinión, no podría expresarse más exactamente lo que ocurre en los casos de determinación indirecta: unicidad de solución y cierta indeterminación en sentido lógico y pre jurídico (a primera vista), siendo lamentable que el autor no consiga separar dichos supuestos del concepto de discrecionalidad.”

El profesor español que venimos tratando enseña que en la doctrina ha existido una confusión entre conceptos jurídicos indeterminados e indirectamente determinados, de tal manera, tanto la doctrina como la jurisprudencia alemana confundieron los conceptos indeterminados con los indirectamente determinados, conllevando a declaraciones que los tribunales administrativos podían en este tipo de conceptos examinar y compulsar plenamente su interpretación y aplicación al caso en concreto y determinado<sup>205</sup>

Vimos como en la doctrina de la divergencia la confusión que -asimilamos ocurrió- entre la indeterminación y la determinación indirecta condujo a formular una única solución justa, en forma práctica de un juicio disyuntivo (*tertium non datur*), constituyendo esta técnica en la herramienta perfecta de control de la actuación de la administración ante un concepto jurídico indeterminado, entendiéndola como potestad reglada. Frente a esta proposición construida en la doctrina de la divergencia GAMBIER BELTRÁN menciona que en España se han levantado algunas voces disidentes a esta posición doctrinaria como es el caso de Manuel Pérez Olea<sup>206</sup> al sostener que-

---

<sup>205</sup> Ibídem. Complementa su exposición aludiendo a los siguientes argumentos – “como hemos visto, nosotros partimos de la conveniencia- ya atisbada por HAURIOU- de distinguir entre los conceptos que encierran un valor a ponderar y los que remiten a la experiencia. Es cierto que en ambos supuestos existe indeterminación en sentido lógico y prejurídico, y que en aquéllos se utilizan en la determinación de su contenido datos experimentales y en éstos hay que valorar en cierto sentido los que la experiencia ofrece, y que por eso HERRNINT prefiere hablar de diferencias relativas o cuantitativas en lugar de absolutas o cualitativas. En cualquiera de ambos casos encontraríamos arbitrio y elementos de regulación, solamente que en el segundo el campo de libre elección sería menor. Se trataría entonces de una diferencia gradual, no esencial; pero ¿hasta qué punto el grado de predeterminación legal habría de adscribir el caso concreto a uno u otro supuesto? BERNATZIK, respondiendo a la pregunta ¿cuándo una regla deja de ser precisa?, afirma que la imprecisión aparecía cuando lo hacía la imposibilidad de reunir mayoría en torno al problema de si un hecho responde o no a su definición legal, lo cual evidentemente no aclara demasiado, pero nos revela la existencia de casos gnoseológica, no ontológicamente, híbridos entre cualquiera de las categorías que examinamos” (...) “en ambas categorías, es cierto, existe un ámbito no determinado por la norma y que es preciso completar; pero el modo de cubrir dicho ámbito, distinto en cada una, nos depara el criterio discriminador. El concepto indirectamente determinado se completa con criterios extrajurídicos, utilizando técnicas no enclavadas, y la mayoría de las veces no enclavables, en el derecho (los conocimientos que integran la experiencia común y general o la técnica y profesional), pese a lo cual podría afirmarse que el contenido de los mismos es inmanente a la propia norma, de tal forma que no se trata de una valoración, sino más bien el problema de si su aplicación ha sido o no correcta aboca a una cuestión de interpretación; al aplicar tales conceptos no se valora sino que se comprueba, y la comprobación ha de fundarse, no en una opinión personal- y mucho menos en una volición- del órgano que realice tal aplicación, sino en la constatación de las circunstancias reales del caso en concreto y en el sentido jurídico que la ley les ha asignado. En los indeterminados, por el contrario, tal aplicación se encomienda a la propia voluntad del órgano que haya de realizarla” (...)

<sup>206</sup> PEREZ OLEA, Manuel. “La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial” en revista de estudios de la Vida local, núm. 173, año XXX1, enero- febrero, 1972, pág. 42 y ss. citado en: GAMBIER BELTRAN. Artículo: el concepto “oferta más conveniente” en el procedimiento licitatorio público (la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial) tomado del siguiente enlace: [http://www.despachogambier.com/despacho/images/pdf/oferta\\_mas\\_conveniente.pdf](http://www.despachogambier.com/despacho/images/pdf/oferta_mas_conveniente.pdf), Pág. 8. Aunque para el propio profesor argentino BELTRAN eso no sea así – “en todo caso, puede haber un margen de apreciación pero no de discrecionalidad. Cuando la norma emplea conceptos jurídicos indeterminados no está delegando estimación alguna discrecional en el órgano administrativo encargado de su aplicación; por

*“1) una postura así supondría la paralización de la actividad administrativa, puesto que, en último término toda decisión operativa estaría sometida a la espada de Damocles de su referendo por el juez; 2) se verificaría un traspaso autentico de las facultades del ejecutivo al judicial; 3) las dificultades que supone la revisión judicial de decisiones tomadas a partir de datos técnicos”-*

Tesis que considera desafortunada como pareciera insistir MARTIN GONZALEZ-

(...) “a veces se ha querido ver una analogía de los conceptos indirectamente determinados con los indeterminados en la estructura exterior del concepto, en cuanto ambos suponen una conducta optativa de la Administración. Es cierto que quien al aplicarlo rellena el contenido de un concepto indirectamente determinado, con el resultado de su experiencia vulgar o profesional puede, como quien aplica un concepto indeterminado de acuerdo con sus propias valoraciones, elegir entre una y otra solución, pero la diferencia jurídicamente es inextinguible: en el primer caso, sólo una de las soluciones es correcta, porque uno sólo es el resultado de confrontar su experiencia con las circunstancias reales del caso concreto, y sólo ésta es la tácitamente querida por la norma al remitirse a tal experiencia, unicidad que no desaparece, porque la corrección o menos de la elección resulte o no revisable, tanto jurídica como materialmente; en el segundo caso, en cambio las soluciones correctas pueden ser varias y todas ellas jurídicamente equivalentes, igualmente correctas, igualmente queridas en abstracto por la norma”.

Cuestionándose frente a las enseñanzas de Enterría, referirá que al asimilarse los conceptos indirectamente e indeterminados como conceptos *parcialmente contruidos*, se cae en un error de confusión, afirmando que los indeterminados existe una margen de valoración discrecional de la administración a diferencia de los indirectamente indeterminados en donde la construcción se condiciona a los resultados de la experiencia y del conocimiento técnico; el error de confusión estaría dado en que si bien es cierto ambos tipos de conceptos pudiesen ser incompletos, la manera como se construye los indeterminados es acudiendo a la libertad de valoración, a diferencia de los indirectamente determinados que se someten a la única solución justa proveniente de la remisión formal a la experiencia y la técnica.

De acuerdo a ello, puede verse como la condición de juicio disyuntivo (*tertium non datur*) bajo el principio de la unidad de respuesta correcta, sería predicable de los conceptos indirectamente determinados, pero no posible de los indeterminados<sup>207</sup>. De acuerdo a lo que hemos descrito en

---

*el contrario, la tarea de integración de un concepto normativo indeterminado obliga a un juicio de adecuación que ha de conducir, precisamente, a la solución querida por esa norma; ésta incorpora el concepto sin predeterminar su resultado, pero lo tiene único y cierto”* Pág. 9

<sup>207</sup> MARTIN GONZALEZ, Manuel. “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”. *Revista de la administración pública*, núm.54, 1967. Pág.260-263 Para el autor claramente (...) “lo característico, por el contrario, de los conceptos indeterminados, que, en nuestro concepto, se corresponden con el ejercicio de facultades discrecionales, es tratarse de casos en que <existiendo una norma, son posibles diversas aplicaciones, jurídicamente diferenciables, de la misma, y son posibles a igual título y poseen el mismo valor jurídico>. <el intento de armonizar la libertad discrecional con la existencia de una solución unívoca carece de

este escrito, el proceso de concreción del concepto jurídico indeterminado es un acto de arrastre, acto en el cual la administración escoge entre varios “algunos” un “algo” que arrastra al espectro de representación, sin poderse negar desde el escenario de lo concreto que ese actuar es volitivo, obviamente, como hemos insinuado relativo, bien, por lo que hemos dicho en cuanto al respeto del principio de juridicidad, o bien, por el respeto a las reglas del derecho y sobre el derecho que afirma el profesor Carnelutti.<sup>208</sup>

La concepción clara que se da del espectro de representación y del acto de arrastre que hace la administración frente a los conceptos indeterminados, diluye-creemos y estamos convencido de ello- las confusiones dadas desde la doctrina de la divergencia del margen de apreciación (halo) del concepto, pues, no hay razón alguna para rechazar el criterio volitivo (discrecional) ante estos conceptos, en cuanto es la propia naturaleza (desmentida por la doctrina de la divergencia), que así lo permite; aceptamos la posición de MARTIN GONZÁLEZ en cuanto que en estos procesos de naturaleza indeterminada no existe reenvío material o formal alguno<sup>209</sup>, creamos a su vez que la discusión del margen de apreciación debería darse en sede de los conceptos indirectamente determinados, y no frente a los indeterminados, porque en ellos, no es admisible plantear dicha figura, solo aquí cabe una discusión en cuanto a control jurisdiccional se trata, de la racionalidad, proporcionalidad y ilogicidad (ley de la ley de Carnelutti) del acto de arrastre, es decir, que concebimos únicamente un control judicial sobre el “algo” arrastrado al espectro de

---

*fundamento y es ineficaz>. < El mismo arbitrio no es otra cosa que la posibilidad de elección entre una pluralidad de posibilidades de solución ofrecidas por el derecho objetivo>” (...) “las operaciones lógicas, en cambio, que integran el comportamiento de la persona encargada de la recepción del resultado de la experiencia y de su integración en el concepto para que éste quede determinado, es decir, las operaciones necesarias para rellenar de contenido los conceptos indirectamente determinados, no constituyen, ni mucho menos, ejercicio de facultades discrecionales, sino que, por el contrario, responden al proceso típico de interpretación, y el acto en el que tales operaciones se concreta no es una volición, sino un juicio”*

<sup>208</sup> CARNELUTTI, Francesco. La metodología del derecho. Ed. Temis. Colombia.2011. Pág.6, 7. Léase citación al pie de página 190 del presente escrito.

<sup>209</sup> MARTIN. Ob. Pre. Cit. Pág. 268 Nos dice Martín- “En nuestra opinión, la determinación (directa o indirecta) o la no determinación de los conceptos, por parte de la norma, es común a cualquier rama del derecho e idénticas las consecuencias que tal variedad se derivan, aceptando, sin embargo, que la indeterminación de los conceptos (y, por tanto, la habilitación para su aplicación discrecional) es poco corriente en las normas no administrativas, pero no que esos conceptos standards, objetivos, constatables, tan frecuentes en derecho mercantil y civil, tengan naturaleza distinta en el administrativo y entren dentro del concepto de discrecionalidad. Aquí como allí creamos que tales conceptos se refieran a situaciones empíricas y, en cuanto tales, constatables y fiscalizables, si bien se ha de admitir, de acuerdo con la doctrina de referencia, cómo a través de la tarea interpretativa los jueces (el autor se refiere a los no administrativos) han ido objetivando (precisando los caracteres objetivos, diríamos mejor) tales conceptos, mientras sólo a partir de la ley jurisdiccional de 1957 se ha comenzado a realizar tal labor por la jurisprudencia administrativa” (...) “Concluimos entonces que, en efecto, la norma puede unas veces utilizar tales standards sin más ( con lo que hay que entender que se remite a la experiencia común y general de quien haya de aplicarlos), y puede, otras, conferir para la aplicación de los mismos facultades discrecionales ( con lo que se convierten en indeterminados), y es éste, por lo demás, el criterio práctico que creamos debe mantenerse para detectar la presencia de cada una de ambas categorías: que la determinación se atribuya o no expresamente a la voluntad de la administración” Pág. 271 Importante resaltar “precisamente lo que caracteriza específicamente el concepto de potestad discrecional es que sus resultados no poseen validez normativa, sino que afectan sólo al caso singular y concreto”

representación, en la medida que los conceptos no pretenden tener validez normativa sino solo afectan el caso particular en el cual operan.

Los conceptos jurídicos determinados, indirectamente determinados e indeterminados, se asimilan en el hecho que logran regular la actuación de la administración, no puede concebirse que los conceptos jurídicos indeterminados permitan cualquier criterio volitivo a la administración, todos este tipo de conceptos se forjan en el ordenamiento jurídico que contiene límites, bien sea, a través de los principios, los derechos fundamentales, o los fines estatales, concebir lo contrario es crear un escenario de arbitrariedad. Es, pues, éste el punto de partida: coexisten y se conjugan la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados en un escenario jurídico de límites y la existencia de control judicial (aquí nos apartamos de Manuel Martín González, en cuando que este autor refiere la inexistencia de control judicial ante los conceptos jurídicos indeterminados)

Somos conscientes que para que prospere una teoría que pretende explicar “otra aplicación” de los conceptos jurídicos indeterminados en la discrecionalidad administrativa, se hace indispensable decantar algunos puntos importantes de la teoría de GARCIA DE ENTERRIA -como hemos venido haciendo en todo este escrito-. Siendo indispensable en este momento detenernos en la doctrina del “*tertium non datur*” en el cual se ha solidificado la tesis de separación de los conceptos jurídicos indeterminados con la potestad discrecional en la doctrina de la divergencia. Como se ha dicho líneas atrás, Enterría considera la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados como cosas distintas, mientras aquella admite que la administración opte por varias decisiones justas, en estos, en cambio, el acto de concretar es más un asunto reglado circunscrito a un mero proceso de aplicación de la ley, admitiéndose una única y unívoca respuesta justa (en esta instancia del escrito-espero haber logrado desvirtuado el principio de la única respuesta correcta, o por lo menos, su aplicabilidad en los conceptos jurídicos indeterminados), gestando un “juicio disyuntivo” (*tertium non datur*), con el cual se entiende en Enterría que todo concepto jurídico indeterminado conduce a una unívoca y justa respuesta, pues, solo hay dos caminos posibles de estos conceptos (se da o no se da - *tertium non datur*).

Al detenernos en el “juicio disyuntivo”, camino consistente exclusivamente en dos salidas, debe concluirse que sobre él, pueden transitar no solo los conceptos jurídicos indeterminados, sino también, las potestades discrecionales, las potestades regladas, y en términos generales, casi todas las normas habilitantes del ordenamiento jurídico. Véase, por ejemplo, en la siguiente hipotética norma: “*la administración puede elegir a quien desee*”. que también operaría un juicio disyuntivo, pues, solo hay dos salidas: la administración elige a alguien o no lo elige, o elige a quien desee o no lo elige.

Lo disyuntivo como juicio, necesariamente se refiere a dos extremos, tanto que, al reducir el concepto jurídico indeterminado en dicho juicio, se condena, como se ha hecho, a que se ajuste a uno de esos dos extremos (*se da o no se da*). Los conceptos jurídicos deben ser distintos de los hechos que alimentan las normas jurídicas y que se encuentran relacionados en el supuesto de hecho, los conceptos son palabras con significado, o si se quiere con representación de algo; hacen parte del lenguaje jurídico, que si bien representan hechos (urgencia manifiesta que representa el hecho de desastre, por ejemplo), debe entenderse que el juicio disyuntivo puede resultar ser una regla de aplicabilidad de los conceptos de esta clase, pero que nada nos dice de los mismos.

Como regla de aplicabilidad se infiere que se relacione la existencia del hecho de que trata el concepto con el concepto mismo, en un mero proceso de constatación, en el ejemplo propuesto por Enterría, Ruina, es un hecho observable, identificable, tan claro que permite la concreción del concepto de una manera simple, pero, no será tan clara las conclusiones cuando nos referimos al interés general como concepto. Cómo sostener fácticamente que el decreto municipal que ordena cerrar la mayoría de las calles de la ciudad, para realizar ciclo-vía los días domingos, es un acto de interés general, si sólo sale un 5% de los ciudadanos.

En este caso, la expedición del acto administrativo se supedita a lo que la administración *concretó (arrastro, en nuestro términos)* como interés general; podrá un juez echar abajo esta medida apoyándose en la aplicación del juicio disyuntivo, o lo que es lo mismo, puede el juez conocer la “verdad” de qué consiste el interés general en el evento de las ciclo-vías. Nótese, que si se adopta una postura desde el eudemonismo social la decisión administrativa sería evaluada, si satisface a la mayoría, lo que no acontecería realmente en nuestro caso, pero, si, por el contrario, la concreción del interés general se soporta en el deber de la administración municipal de velar por efectividad de los derechos de las personas, así, solo el 5% de los ciudadanos participen, tan sólo con el otorgamiento de ese espacio público, se garantizaría el interés General.

El concepto (ruina) que es para Enterría indeterminado, será para nosotros indirectamente determinado, pues, su concreción en su propio acto de reenvío formal no recepticio a un conocimiento técnico.

La inexistencia de reenvío normativo material y formal en los conceptos jurídicos indeterminados produce el inmediato desmonte del juicio disyuntivo, de los que ato la doctrina de la divergencia, pues, como entendemos, este es predicable únicamente en los conceptos indirectamente determinados (aplicación que puede no encuadrar en algunos eventos, piénsese que en la disciplina de la cual proviene el concepto no existe univocidad sobre el alcance del mismo); es que precisamente, cuando se desmonta de los conceptos jurídicos indeterminados “*el juicio disyuntivo*”, que como se entiende, se ajusta más a una regla de aplicabilidad, en aras de la seguridad jurídica y la reducción de la arbitrariedad de la administración (en argumentos de Enterría- para luchar contra ese principio monárquico que siempre lograr colarse en todo sistema jurídico-político), puede y de hecho debe aceptarse que frente a ellos la administración actúa volitivamente en un ejercicio de arrastre de determinado hecho entre muchos al espectro de representación del concepto indeterminado.

Los conceptos jurídicos representa ese algo, que puede ser ideas o hechos, en tal sentido el concepto se convierte en la herramienta de entendimiento lógico, esquemático y racional de la ciencia del derecho; concepto que implantado en una disposición, conducirá a que las normas jurídicas, producto de la interpretación, se orienten bajo una óptica lógica y racional. Es el caso por ejemplo, de comprender el concepto de persona natural y persona jurídica, o de dolo y culpa, de tenencia, posesión y propiedad, delito, sanción; pudiéndose ver en los efectos del concepto bien mueble frente a la interpretación del delito de hurto, o el concepto de vida en referencia al alcance del delito de homicidio y el aborto, etc.

El principio “del juicio disyuntivo” en la doctrina de la divergencia - pudiésemos decir que dentro de ella- logra un doble propósito, por un lado, evita que la actuación de la administración se torne

arbitraria, apoyado en un concepto jurídico indeterminado, y por el otro, dota al juez de una posición plausible en cuanto al ordenamiento jurídico y a los principios de la democracia, que justifica su control sobre las actuaciones de la administración provenientes de un concepto jurídico indeterminado y una potestad discrecional (proceso como hemos advertido opera a suerte de sustitución del concepto por la potestad, y no de control de fondo como refiere la doctrina de la divergencia).

La lucha contra la arbitrariedad de las actuaciones de la administración consiste jurídicamente en una defensa por la certeza jurídica, que en un sentido estricto, consiste en que todo ciudadano tiene el derecho de obtener protección jurídica, debiendo recíprocamente la administración tomar decisiones conforme a derecho. En sentido amplio la certeza jurídica implica por un lado, luchar contra la arbitrariedad y por el otro, que la decisión que se tome sea la correcta<sup>210</sup>, pero, ¿cuándo estamos frente a una decisión correcta? ¿Cuándo una decisión es conforme a derecho?

Éste es el dilema que encierra la aplicación del juicio disyuntivo en los conceptos jurídicos indeterminados. Aunque el concepto jurídico indeterminado admita más de una definición- según lo dicho por Enterría- solo es posible que se dé o no se dé el concepto, la respuesta correcta, consiste en que la administración actúe en ese momento conforme a la existencia o no del concepto (a su constatación real), de no hacerlo, el juez puede controlar dicha actuación sañándose cualquier acto arbitrario de la administración. Pero cómo sostener tal afirmación en el caso anteriormente planteado, donde el interés general admite más de una concreción (tesis de arrastre al espectro de representación), además constatables, ¿cómo saber cuál es la decisión correcta? Y si el juez anulara la decisión ¿cómo saber que él no está errado, o mejor, cómo saber qué su decisión es la correcta?

El juicio disyuntivo en Enterría logra que con su aplicación se pueda sostener que existe la única respuesta correcta, posibilitándose a la administración sólo dos vías, o su decisión es la correcta o no la es, la medida para establecer ello, será la aplicación del juicio disyuntivo. Pero siendo consecuente con el relativismo profesado por Kelsen, no puede adjuntarse a tal posición un valor de verdad absoluta.

Aulis Aarnio sostiene desde la óptica de la certeza jurídica que aparte de las decisiones rutinarias (decisiones isomórficas) existen decisiones discrecionales, sobrevinientes de la posibilidad que frente a un hecho sea aplicable dos leyes, o que una misma norma admita más de una interpretación, en ese evento, la respuesta correcta, no es única, sino la que el decisor a considerado más conveniente<sup>211</sup>.

---

<sup>210</sup> AARNIO, Aulis. Lo racional como Razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1991. Pág. 26, 27

<sup>211</sup> *Ibíd.* Pág. 27 dice el autor que – “El aspecto sustancial de la certeza jurídica consta de dos elementos. Primero, toda decisión genuinamente jurídica tiene que estar en concordancia con el derecho válido. Esta es una precondition mínima de una decisión jurídica. Pero aun así, las normas jurídicas no son completamente autónomas con respecto a las otras normas de la sociedad. Ellas reciben, al menos en parte, su propio contenido de las normas morales y de otras normas sociales. En cierto modo, las normas jurídicas y las otras normas actúan interconectadamente. Tomemos un ejemplo: en un cierto sector, la ley exige que todos los individuos sean tratados sobre una base de igualdad. En tanto tal, el texto de la ley no ofrece ninguna respuesta a la pregunta acerca de qué es la igualdad. En este caso, la certeza jurídica contiene a más de la



Insistimos, el juicio disyuntivo podría ser útil como lo ha hecho en la postura de Enterría, en lograr con él, justificar la existencia de la única respuesta pero que nada nos dice de la naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados. Martín González sostiene –como vimos- en cuanto a la determinación legal de los conceptos jurídicos indeterminados que son conceptos que admiten más de una respuesta, en cuanto, para su concreción puede acudir a fuentes extrajurídicas (Aulis Aarnio entiende que las interpretaciones en el derecho no solo se logran acudiendo a las normas positivas sino también a criterios sociales, políticos, morales)

La concreción de estos conceptos jurídicos indeterminados es posible lograrla en la conexión entre lo que se soporta en el mundo jurídico con el mundo social. Teniendo presente lo anterior, puede deducirse y fácilmente ser aceptado que la administración al concretar el concepto de interés general, por ejemplo, no deba acudir al juicio disyuntivo como regla de aplicación exclusiva, por el contrario, en el entendido que este tipo de conceptos permite a la administración ejercer un acto volitivo más que cognitivo, podrá concretarlo sustentado en varias razones, pues se admite la existencia de múltiples respuestas que se tornan en correctas al estar conforme a derecho.

La administración al efectuar por este medio la concreción del concepto jurídico indeterminado, ejerce una acción volitiva, fundamentada en el ejercicio del poder público, que como vimos en el capítulo anterior, se supedita a los fines y medios establecidos, en ese sentido, la concreción de estos conceptos, no es un acto incontrolable, la delimitación consistirá en el respeto a los principios, valores y reglas preestablecidas, o en otras palabras, un respeto a los elementos fundantes de la justificación del poder artificial (*poder público*).

La toma de decisión correcta entre varias respuestas correctas, implica reconocer la existencia de un acto volitivo en la administración frente a la concreción del concepto jurídico indeterminado, voluntad que no puede ser absoluta, despótica y arbitraria, la reducción de estos elementos, está en admitir y comprobar que el poder público el cual posee el Estado como institución superior<sup>212</sup>, se encuentra limitado. Límites que sobrevienen del proceso justificador del poder público otorgado a la entidad superior que es el Estado.

---

*eliminación de la arbitrariedad, dos aspectos: la decisión tiene que ser conforme a derecho y estar en concordancia con otras normas sociales no jurídicas”(...)“Teniendo esto en cuenta, puede clarificar las cosas el señalar que la expectativa de la certeza jurídica a la que se ha hecho referencia más arriba no es un concepto empírico en el sentido de que tal expectativa es o no contingente en la sociedad. La expectativa de certeza jurídica es un fenómeno cultural. Está por ejemplo, profundamente enraizada en la forma de vida escandinava. Por lo tanto, el análisis de este concepto, presentado más arriba, puede ser entendido como una reconstrucción de los elementos que están “ocultos” en las formas normales del pensamiento occidental. Esta reconstrucción explicita algo que está sólo implícito en nuestra práctica lingüística. En este sentido, la expectativa no es tampoco una mera sugerencia conceptual, semántica o estipulativa de una definición. Es un asunto que está vinculado con nuestro juego del lenguaje y, por ello, con nuestras formas de pensar y, en última instancia, con nuestra existencia social. En este sentido, la justificación profunda de la certeza jurídica es del mismo tipo que la justificación de los conceptos de “racionalidad” y “discurso racional”*

<sup>212</sup> Al estado se le dio la condición de Institución superior en el siglo XIX Y XX, entre los autores se cuenta el francés Maurice Hauriou con la doctrina de la Institucionalidad, o el alemán Jellinek con su condición social y jurídica del Estado en esta última reconociendo al Estado como una persona Jurídica sujeto de obligaciones y derechos. Ver: DE LA CUEVA, Mario. La idea del Estado. Fondo de Cultura económica de México. 1996. Pág. 144-198

A estas conclusiones hubiese llegado la doctrina de la divergencia al momento de afrontar “el margen de apreciación”, pero se distanció totalmente cuando negó en ella todo actuar volitivo, y por el contrario, condicionó que en margen de apreciación la administración debía actuar cognitivamente, frente a ello nos relata el profesor colombiano Hugo Marín Hernández- lo siguiente-

*“no carece de interés la distinción que se hace entre el “halo” o zona de incertidumbre de un concepto jurídico indeterminado, y el margen de apreciación- que se reconoce en la aplicación del mismo- propiamente dicho. La labor interpretativa del operador jurídico tiene por objeto, precisamente intentar eliminar en el caso concreto ese ámbito de incertidumbre, esto es, reducir el halo del concepto al mínimo posible para encontrar la solución correcta al supuesto examinado. Sin embargo, como advierte ALONSO MAS, no en todos los casos es posible alcanzar una total concreción del significado del concepto dentro de su halo, existiendo respecto de cualquier concepto supuestos límites, no determinables apriorísticamente, en los que no es dable conseguir la adscripción del caso, sin que haya lugar a dudas, o a laguna de las zonas de certeza- positiva o negativa- Se trata de aquellos supuestos en los cuales el razonamiento jurídico deja ver sus límites, dando lugar al reconocimiento, solo entonces, de un margen cognoscitivo de apreciación que, por tanto, no debe confundirse con el halo del concepto: éste último es el ámbito de indeterminación existente antes de que el aplicador del derecho lleve a cabo su tarea; aquél es el que subsiste una vez que el operador jurídico ha agotado las posibilidades del razonamiento jurídico para concretar el significado del concepto. Son, en consecuencia, dos nociones disímiles que, no obstante, suelen confundirse y con frecuencia se utilizan indistintamente”*

*(...) “ Entre las conclusiones a las cuales arribamos tras el análisis efectuado en el capítulo primero de este trabajo, en donde suscribíamos algunos corolarios derivados del desarrollo de teorías de la argumentación jurídicas como las de Robert Alexy, Aulis Aarnio y Neil MacCormick, se afirmaba que una vez se apuran al máximo los límites del razonamiento jurídico, el operador se ve enfrentado a la necesidad de elegir entre “opciones ultimas”, esto es, entre alternativas concurrentes de solución a un mismo problema jurídico, todas ellas calificables como “racionales”- y razonables- en cuanto que se han formulado siguiendo un adecuado procedimiento argumentativo- discursivo-. Los criterios que el operador jurídico toma en consideración para llevar a cabo esa elección en cuanto “extrasistemáticos” o “extrajurídicos”- recordemos que MacCormick llega a calificarlos como parte de los “perracionales”-, si bien pueden ser estimados como racionales, no pueden tomarse como concluyentes, pues no forman parte ya del ámbito de lo cognoscible sino de la voluntad- que no del capricho del decisor. Ello nos llevaba a descartar como sostenible, dentro del ordenamiento jurídico de una sociedad democrática y pluralista, la idea de la “unidad de solución justa o correcta” a los problemas jurídicos, más allá de su consideración como principio regulativo del sistema”*

*(...) en este orden de ideas, si se afirma- como lo hace Alonso Mas- que el margen de apreciación es aquel residuo del criterio de decisión empleado por el aplicador de la norma, que permanece infiscalizable una vez se han agotado todas las posibilidades del razonamiento jurídico, no resulta coherente sostener, al mismo tiempo, que tal residuo, tal criterio de decisión en el que se traduce el aludido margen, responde a “razones puramente cognoscitiva” pues, como hemos dicho, más allá de los límites del razonamiento jurídico no es dable un ejercicio cognoscitivo respecto de una realidad previa que el intérprete descubre, sino una actividad volitiva- aunque no caprichosa, se reitera racionalizable, pero no concluyente. Como resultado de la cual el operador; valiéndose de elementos de juicio extrasistemáticos, toma una de las “opciones ultimas” a las que ve abocado una vez se percata que el examen del supuesto concreto del que se ocupa, el razonamiento jurídico no da más de sí. Cuando se agota la potencialidad del razonamiento jurídico estamos, en palabras de MacCormick, en el terreno de las opciones últimas, y “bien consideremos que tales elecciones últimas descansan sobre preferencia, o bien sobre intuiciones morales, hemos llegado a aquello que es pre-racional o extra-racional más bien que a una deliberación del propio discurso práctico (Racional). ¿puede, en este momento de la fundamentación de una decisión, afirmarse que la misma se apoya en “razones puramente cognoscitivas?*

*(...) Como el lector rápidamente podrá advertir, esta crítica sería trasladable, mutatis mutandi, a todas y cada una de las posiciones doctrinales incluidas en este apartado, en las que se concibe el margen de apreciación como un “ámbito puramente cognoscitivo e interpretativo de la Ley en su aplicación a los hechos” que “supone reconocer la dificultad de acercarse de forma totalmente exacta a la solución justa, y todo lo más, el otorgamiento a la Administración del beneficio de la duda, pero dejando claro, en cualquier caso, que dicho margen “ninguna relación guarda con la discrecionalidad”. Las posturas que oponen discrecionalidad y margen de apreciación en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados parecen asumir como una dato el principio de unidad de solución justa a los problemas jurídicos, lo que implica que en todos los casos el operador podrá, mediante una operación estrictamente cognoscitiva (lógica-deductiva), reconocer esa solución más ajustada a la idea que el concepto expresa, incluso más allá de los límites que impone la “dificultad probatoria”, que no es otra caso que una manera diferente de denominar idéntico fenómeno-, límites que son los que justifican como ya hemos apuntado, la existencia del multicitado margen”<sup>213</sup>*

Finalizando con las siguientes palabras:-

*“Y si más allá de esos límites, como hemos visto, no es posible un juicio cognoscitivo sino volitivo habida consideración que, según apunta Aarnio, el principio regulativo de aceptabilidad racional posibilita la existencia de “más de una posición normativa “verdadera” en la misma sociedad respecto de idéntico*

---

<sup>213</sup> MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia, Bogotá- Colombia, 2007. Pág. 230

*asunto, de manera que cada respuesta dependerá del punto de partida-del sistema de valores- que se adopte, no se sustenta la pretensión de que el margen de apreciación en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en su halo de incertidumbre conduzca en todos los casos a una única solución correcta, como quiera que cada operador jurídico podrá partir premisas diferentes- esto es, de lecturas divergentes del significado del concepto, que como mínimo, pueden ser dos: la que adscribe el caso a la zona de certeza positiva del concepto y la que lo encuadra en su zona de certeza negativa- a partir de las cuales iniciar su razonamiento”*

*(...) Y el resultado de ese razonamiento, si se ha alcanzado respetando todas sus reglas será, efectivamente, una solución racional; pero ello de ninguna manera garantiza, como advierte ALEXY, que en todos los casos se pueda llegar a una única respuesta correcta, pues frente a un mismo supuesto las reglas del discurso permiten que varios participantes en él puedan llegar a conclusiones fundamentadas discursivamente – y en tal medida racionales – pero diversas y hasta incompatibles entre sí. Tal conclusión pone en jaque la distinción categorial entre margen de apreciación y discrecionalidad administrativa y, de hecho, aproximan a aquel hacia ésta, incluso en la concepción que de ella se hace como “libertad de elección entre alternativas igualmente justas (...) porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.)”<sup>214</sup>*

Estamos de acuerdo con la conclusión a que llega el maestro Marín Hernández; entendemos además que al identificarse dentro del margen de apreciación, más un elemento volitivo que cognoscitivo, tenemos que en conceptos problemáticos los que Enterría reconoce como <conceptos de valor> la decisión correcta será la obtenida del ejercicio de la voluntad.

Es que si acudimos a la “diosa razón” en el caso de interpretación de estos conceptos, es deber demostrar que el descubrimiento al que se llega, todo sujeto llegara al mismo, lo que resulta imposible y muy poco probable que ocurra<sup>215</sup>.

En ese orden de ideas, frente a un <concepto de valor><sup>216</sup> como es el caso de Interés general, no se requiere que la administración lo descubra, sino que sea la voluntad la fuente orientadora de la acción administrativa en su aplicación.

---

<sup>214</sup> Ibid. Pág. 231

<sup>215</sup> Estas serán las conclusiones del positivismo posterior al siglo de las luces.

<sup>216</sup> Nos dice Marín Hernández que – “García de Enterría acude para explicar la que denomina doctrina del margen de apreciación” a la distinción, dentro de la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados, entre conceptos de experiencia – que se controlan por la apreciación de los hechos- y conceptos de valor- que implican juicios de valor, que pueden ser técnicos (como “impacto ambiental”) o políticos (como el de “interés público”). Frente a los primeros, “la competencia de control del juez es ilimitada”, mientras que los segundos “proporcionan a la primera y decisoria apreciación por la administración una cierta presunción a favor de su juicio, que se entiende realizado, en principio, desde una posición formalmente objetiva y en virtud de medios técnicos y de criterios políticos que, en la práctica, sólo negativamente, cuando el error o la arbitrariedad pueden ser positivamente demostrados, pueden ser controlados por el juez” Clave para este autor resulta entonces el que la posibilidad de control judicial está siempre abierta, manteniéndose la

Como es la voluntad la que soporta la aplicación del concepto interés general, los límites no están en el proceso de interpretación, sino en el reconocimiento de límites impuestos a esa voluntad, que se traduce en el ejercicio del poder público, que por demás, como ha quedado expuesto en líneas atrás, es un poder artificial supeditado a las condiciones justificadoras de su existencia. El reconocimiento de una **DISCRECIONALIDAD AUMENTADA**, no abandona la lucha contra la arbitrariedad, ya que la voluntad de la administración no puede ser contraria a los derechos fundamentales consagrados en la carta superior, pues es éste uno de los límites del poder artificial, los límites en este sentido de justificación del poder, pueden ser también entendidos como lo ha hecho la doctrina como elementos objetivos de justificación, entre los que enmarca el *principio de juridicidad*.

Teniendo presente las conclusiones a las que hemos llegado, la aplicación de un concepto jurídico indeterminado debe partir de la esencia misma del concepto, que nace a la vida jurídica por las condiciones mismas del sistema, que se soporta en la imposibilidad de estipular con plenitud de detalles todos los ámbitos (técnicos, políticos, económicos, etc.) en que puede recaer la administración; así, un concepto jurídico indeterminado conduce a la administración a actuar frente a él y por él, ésta actuación es un elemento volitivo y no cognoscitivo. Al desvirtuarse el juicio disyuntivo como un elemento de la esencia de los conceptos jurídicos indeterminados, entendiéndolo como una regla posible de aplicación de estos, nos encontramos con un hecho claro: la potestad discrecional y los conceptos jurídicos indeterminados no son lo mismo, pero no son distintos esencialmente hablando, esto implica que puede existir una conexión entre ambas instituciones, ambas se sostienen en ser figuras que conllevan al actuar volitivo de la administración.

En cuanto a la ubicación en la estructura normativa se han diferenciado la potestad discrecional y los conceptos jurídicos indeterminados, ésta hallándose en la consecuencia jurídica y aquellos en el supuesto de hecho de la norma. Aunque el debate sobre la ubicación de la discrecionalidad administrativa en la estructura de la norma ha perdido fuerza por la discusión presente frente al control jurisdiccional<sup>217</sup>, se hace importante hacer algunos pronunciamientos en este escrito.

Algún sector de la doctrina en España como nos dice Marín Hernández ha generado una polémica frente a la ubicación de la discrecionalidad en la estructura de la norma.

La discrecionalidad puede ubicarse en la consecuencia jurídica, esta ubicación conduce a entender que la discrecionalidad es un margen de volición para elegir entre la adopción una consecuencia jurídica entre varias, producto de la norma de estructura condicional que no obligan a adoptar una determinada consecuencia jurídica. De esto que puede diferenciarse entre una discrecionalidad de actuación y una discrecionalidad de elección, la primera consistente en *“la posibilidad de aplicar,*

---

*cuestión en el terreno de lo jurídico, toda vez que los límites y/o posibles excesos de la administración pueden ser acreditados probatoriamente, de manera que si la prueba da pie para ello- aunque conseguirlo en oportunidades resulte complicado- el juez puede y debe declarar injustificada y anular la estimación hecha por la administración”* MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. 2007. Pág. 223, 224

<sup>217</sup> Ibíd. Pág. 183

*facultativamente, no de forma de preceptiva, la (s) consecuencia(s) jurídica(s) prevista(s) por la norma habilitante, una vez se verifique la existencia de un caso subsumible en el supuesto de hecho> (si ocurre el supuesto de hecho X, la administración podrá adoptar la consecuencia jurídica Y), y las segundas en el entendido que <en el mismo supuesto, la Administración opta por actuar y la norma prevé como posibles varias consecuencias jurídicas, alternativamente, o no predetermina ninguna, defiriendo dicha tarea a quien ejercita la facultad> (si ocurre el supuesto de hecho X, la administración deberá/podrá adoptar la consecuencia jurídica Y ó Z)”<sup>218</sup>*

Frente a lo anterior, se entendía que los conceptos jurídicos indeterminados se ubicaban en el supuesto de hecho, y al estar allí, se eliminaba toda posibilidad de voluntad, pues es meramente un proceso de subsunción, un proceso cognitivo<sup>219</sup>. De tal forma que en cuanto a la estructura lógica de la norma se dividió en dos: el supuesto fáctico conduce a los conceptos jurídicos indeterminados, o lo que era lo mismo, al elemento cognitivo y la consecuencia jurídica a la discrecionalidad o el elemento volitivo

Nos dice Marín Hernández-

*“todas las posiciones que se han dejado expuestas parten, como se aprecia, de la consideración de la discrecionalidad administrativa como un margen de volición ajeno por completo a la aplicación del supuesto de hecho de la norma, con independencia del grado de indeterminación del mismo, que siempre será puesto en práctica a través de un proceso de subsunción estrictamente cognitivo, con lo cual la discrecionalidad queda confinada al espacio de las consecuencias jurídicas de las disposiciones del derecho administrativo”*

*(...) este asunto guarda estrecha relación con el de los límites del razonamiento jurídico, que abordábamos en el primer capítulo de nuestro trabajo, pues va a resultar necesario dilucidar hasta qué punto el procedimiento de aplicación, apreciación o integración de un concepto jurídico indeterminado presente en el supuesto de hecho de la norma jurídico-administrativa es reconducible a una operación rigurosamente subsuntiva o si, por el contrario, lo que en dicha actividad realmente hace el intérprete es introducir nuevas premisas al razonamiento, con lo cual el método de subsunción silogística queda ampliamente rebasado y estaríamos en presencia de otro tipo de procedimientos argumentativos conducentes a la adopción de las decisiones*

*(...) Si lo primero, nos moveríamos en el ámbito de la que denominábamos de justificación interna de la decisión, en el cual es posible, partiendo de la indiscutibilidad de las premisas, arribar a una sola solución correcta para cada caso, lo que se correspondería con el contenido de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados- al menos con el que mayoritariamente se le atribuye- y permitiría continuar diferenciándolos cualitativamente de la discrecionalidad. Pero si es lo segundo lo que ocurre, y la integración de tales conceptos supone la*

---

<sup>218</sup> Ibíd. 185

<sup>219</sup> Ibídem.

*discusión en torno a y la introducción de premisas adicionales a las contempladas en el supuesto de hecho normativo para resolver el caso concreto, habremos desplazado el razonamiento hacia el ámbito de la justificación externa o del contexto de justificación, en el que se desenvuelven, como vimos, las teorías de la argumentación jurídica, entre las cuales las que consideramos más consistentes y acordes con la naturaleza del Estado de Derecho y las concepciones democráticas y pluralistas de las sociedades occidentales, excluyen la posibilidad de preconizar la existencia de unidad de respuesta correcta a todos los problemas jurídicos, con lo cual quedaría desecha la distinción cualitativa entre los tantas veces aludidos márgenes de cognición – propios de los conceptos jurídicos indeterminados y del supuesto de hecho de las normas- y de volición – característicos de la discrecionalidad administrativa y, de acuerdo con el grupo de posiciones doctrinales que comentamos, de la elección entre alternativas en la consecuencia jurídica de tales enunciados normativos-.”<sup>220</sup>*

Por otro lado, algunos teóricos han entendido que la discrecionalidad puede ubicarse tanto en el supuesto de hecho como en la consecuencia jurídica de la norma habilitante. Según Marín Hernández esta ubicación implica atender si también del supuesto de hecho de las normas jurídico-administrativas es predicable cierto margen de maniobra a la administración, siendo interesante dilucidar si dicho margen corresponde a una auténtica facultad discrecional y, por tanto, supone libertad de decisión, o si se trata del denominado margen de apreciación, ubicable ya no en la esfera volitiva, sino cognitiva del actuar administrativo (según doctrina de la divergencia), y por ello de estructura esencialmente diferente a la de la mencionada discrecionalidad<sup>221</sup>

El reconocimiento de la discrecionalidad administrativa en el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, condujo a la doctrina a entender una aproximación entre esta potestad y los conceptos jurídicos indeterminados. Según enseña Marín Hernández-

*“BACIGALUPO da detallada cuenta de las diferentes posiciones desde la que en la doctrina alemana se aborda esta cuestión, partiendo de las tesis de WALTER JELLINEK, de principios del siglo XX, en las que se equipara algunos conceptos jurídicos indeterminados con la discrecionalidad, pasando por la posturas según las cuales no algunos, sino todos los referidos conceptos contienen habilitaciones discrecionales, o las que, sin llegar a igualar completamente ambas nociones, postulan su afinidad estructural y diferenciación meramente cuantitativa – que no cualitativa-, hasta arribar a las construcciones teóricas que encuentran en las dos categorías formas equivalentes de aplicación reglada del derecho plenamente fiscalizable por el juez”*

*(...) el autor explica que este conjunto de exposiciones teóricas ha recobrado vigor en Alemania especialmente desde mediados de los años setenta, que es cuando comienza a ser frecuente cuestionar la hasta entonces férrea distinción que se*

---

<sup>220</sup> Ibíd. Pág. 188

<sup>221</sup> Ibíd. Pág. 195

*trazaba entre el margen de apreciación reconocido en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa, llevando a predicar al existencia de “verdaderos márgenes de decisión administrativa, también en el ámbito del supuesto de hecho normativo, estructuralmente equiparables, en lo esencial a aquélla” De hecho, apunta que una versión matizada de las teorías que ubican la discrecionalidad administrativa tanto en la consecuencia jurídica como en el supuesto de hecho de la norma jurídico- administrativa es probablemente la mayoritaria actualmente en la doctrina alemana: se trata de la posición de aquellos autores que, sin llegar a igualar completamente las diferentes nociones, consideran que existen fuertes afinidades estructurales entre la discrecionalidad en estricto sentido y otros márgenes de decisión administrativa, en especial el margen de apreciación en la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, que se diferenciarán entre sí cuantitativamente pero no cualitativamente. Es el caso de las exposiciones teóricas de EBERHARDT SCHMIDT. ASSMAN Y HORST DREIER- ésta última ya referida”.*

*Afirmando en el caso de la doctrina Española que –*

*“Sin embargo, en la doctrina española son los planteamientos de MIGUEL SANCHEZ MORÓN Y MIGUEL BELTRAN DE FELIPE los que más decididamente apuntan en la dirección de aproximar la naturaleza del margen de apreciación reconocido ampliamente cuando de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados se trata, a la de la discrecionalidad administrativa, con lo cual se abren las puertas al reconocimiento de la existencia de ésta en el supuesto de hecho normativo”<sup>222</sup>*

Cuando la discrecionalidad en esta lógica de la estructura de la norma jurídica se ubica en el supuesto de hecho, su aproximación se hace cierta con los conceptos jurídicos indeterminados, en el entendido que en este preciso momento donde se reconoce que la discrecionalidad está en el supuesto de hecho, tal potestad se entenderá que la habilitación que le asiste a la administración en establecer al momento de la aplicación los presupuestos propios de su actuación, concretando, determinando los presupuestos *<intencionadamente indeterminados, inacabados o imperfectos en la norma reguladora de su actividad>*. De modo, que las **normas de programación final** conducirían a un aumento de la discrecionalidad, en la medida que los supuestos de hechos se encuentran indeterminados, requiriendo que la administración efectúe tal determinación apoyada de criterios objetivos (elementos justificadores del poder artificial), en aras de evitar recaer en arbitrariedad, permitiendo con la utilización de dichos criterios el control jurisdiccional.

Enseña el profesor MARÍN HERNÁNDEZ, frente a esta posición con la cual está de acuerdo que *la máxima discrecionalidad vendría conferida en las denominadas normas de programación final o por objetivos*, es decir, aquellas que carecen de supuesto de hecho definido y mediante las cuales suele programarse la actividad conformadora y/o planificadora de la Administración (por oposición a las normas de programación condicional que autorizan discrecionalidad en la adopción de su consecuencia jurídica: “si ocurre el supuesto de hecho X, la Administración podrá adoptar la

---

<sup>222</sup> Ibíd. Pág. 198



consecuencia jurídica Y ó Z”). La discrecionalidad no radicaría, entonces en la elección de la consecuencia jurídica, sino en el establecimiento de los criterios que a la postre determinarán la aplicación –o inaplicación- de una u otra consecuencia jurídica<sup>223</sup>.

Con lo anterior, puede también reconocerse que el juicio disyuntivo del que hemos venido haciendo referencia, desaparece como elemento esencial de los conceptos jurídicos indeterminados y diferenciador de la discrecionalidad administrativa, pues, al entenderse una aproximación de los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad desde la óptica lógica-normativa, se rechaza la tesis de la única respuesta correcta, y se reconoce que en la aplicación de estos conceptos opera un proceso volitivo y no cognitivo de la administración.

Expuestas las razones que nos permiten reconocer una aproximación de los conceptos jurídicos indeterminados y la potestad discrecional, y la eliminación del *tertium non datur* de aquellos, nos adentraremos a explicar la existencia misma de la discrecionalidad Aumentada.

## B. LA PROPOSICION DE UNA TIPOLOGIA PARA LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

La posibilidad que el legislador permite a la administración de actuar discrecionalmente, está dada por la movilidad del sistema jurídico y la imprevisibilidad humana, pues, le es imposible a éste identificar taxativamente todas las situaciones en que puede recaer aquella en el ejercicio de su poder. Cuando, en la disposición que consagra la potestad discrecional se adhiere por el legislador un concepto jurídico indeterminado, nos adentramos a un tema de discusión doctrinal muy interesante (como hemos viniendo desarrollando), pues, por un lado la doctrina de la divergencia apoyada en el ideal de *“lucha contra las inmunidades del poder”*, establecerá que los conceptos jurídicos indeterminados son una técnica de control de fondo de ésta<sup>224</sup>, con las consecuencias no predeterminadas por la doctrina de la divergencia (creemos nosotros) de desembocar en el reemplazo de la discrecionalidad por estos tipos de conceptos que se asemejan a una potestad reglada. Pero como se ha sostenido a lo largo de este escrito, las dos instituciones más que ser divergentes, convergen en un punto, en el cual ambas se constituyen en escenarios de actuar *relativamente* volitivo de la administración. La convergencia se da por la naturaleza lógica de ambas instituciones, la discrecionalidad en cuanto *libertad de elección de motivos* y el concepto jurídico indeterminado como *libertad de arrastre al espectro de representación*. Reconocemos que si ambas instituciones se *encuentran* en un mismo enunciado normativo se gesta en el ordenamiento jurídico la nueva figura denominada Discrecionalidad Aumentada, que no es la ilimitación y absolutidad de la discrecionalidad, sino que es la representación teórica de la negación del efecto relativizador, controlador y (sustituto) de los conceptos jurídicos indeterminados sobre la discrecionalidad administrativa; es la respuesta al siguiente

---

<sup>223</sup> Ibíd. Pág. 202. (...) *“En la doctrina española, además de BACIGALUPO, parecen aproximarse a esta postura SANCHEZ MORÓN Y BELTRAN DE FELIPE. Aquel sostiene que “como en el ejercicio de toda potestad discrecional, la Administración está llamada en estos casos a completar una norma imprecisa en el proceso aplicativo”, y éste se refiere a la potestad discrecional como “habilitación legal inacabada o abierta”*

<sup>224</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. Ed. Civitas. Madrid-España, 1983. Pág. 23 y ss.

interrogante: *¿es posible que los conceptos jurídicos indeterminados produzcan otro efecto sobre la discrecionalidad administrativa, más allá de producir su relativización?*.

De tal modo, en cuanto a la tipología de la discrecionalidad que planteamos como título en este apartado del escrito, existirá *discrecionalidad simple* cuando en el enunciado normativo que contiene la discrecionalidad no se encapsula un concepto jurídico indeterminado, y discrecionalidad aumentada cuando en el mismo enunciado normativo se encuentran discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado, y éste no relativiza el actuar discrecional de la administración.

Vimos como para el profesor ENTERRÍA los conceptos jurídicos indeterminados encierran una única y unívoca respuesta correcta en la medida que la concreción de estos conceptos es en últimas una decisión disyuntiva, elementos teóricos que hemos venido desvirtuando o por lo menos refutando desde la concepción de divergencia de ambas instituciones.

Lo que hemos venido reflexionando, nos conduce primero a afirmar que aunque existan siempre juicios disyuntivos en *latu sensu* en el derecho, en cuanto al concepto jurídico indeterminado es improcedente su aplicación, debido a que *oculta* la verdadera naturaleza del concepto indeterminado, además de confundirlos con los indirectamente determinados; el verdadero reconocimiento de la naturaleza de estos conceptos no deben *prender las alarmas contra la arbitrariedad*, ya que este tipo de conceptos no cambian el sendero de acción de la administración, o en otras palabras, no significan que admitan un actuar contrario a derecho, arbitrario; el efecto de aumento al que nos referimos, no debe dar a entender que la administración extienda su margen de acción a algo más que lo que el derecho permite, eso no quiere decir en lo absoluto, sino que en presencia una ya reconocida potestad discrecional (traducible en lo concreto en la libertad de elección de motivos) de un concepto jurídico indeterminado, la administración no se enfrenta a una dicotomía lógica que proponía la doctrina de la divergencia, en la cual el concepto indeterminado de naturaleza reglada reemplazaba la potestad discrecional de la administración admitiéndose el control judicial sin ninguna objeción (aunque fuera confuso el margen de apreciación del concepto), todo lo contrario, la dicotomía desaparece y la administración gozaría de dos márgenes de libertad totalmente asimilables y coexistentes, con la conclusión que sería improcedente el reemplazo, se daría la negación de estos conceptos como técnica de control de la discrecionalidad, resultando que la libertad de elección de motivos no se vería coartada, reducida, relativizada por la libertad de arrastre al espectro de representación.

Segundo, los conceptos jurídicos indeterminados al admitir más de una decisión por el reconocimiento del acto *volitivo de arrastre sobre el espectro de representación*, conlleva que la administración fundamente con argumentos válidos, encuadrados dentro de la legitimidad y la legalidad (*principio de juridicidad*), varias opciones de acción, pudiendo optar de acuerdo a la justificación previamente dada, por la acción (a); (b); (c); etc.,

En la doctrina del maestro español Enterría se ubica el juicio disyuntivo específicamente en la presencia o no del concepto jurídico indeterminado (inmersos en la regla *tertium non datur*), así, todo se reduce en presencia de un concepto de esta naturaleza, a una potestad reglada, lo que

implica la relativización de la discrecionalidad administrativa, o mejor a su sustitución. Esta teoría puede adscribirse en la siguiente formula.

POSICIÓN DE *SUSTITUCION* DE EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (*Tertium non datur* y juicio disyuntivo)

En la siguiente formula: (X) representa la potestad discrecional dada a la administración, por su parte (x1) simboliza un concepto jurídico indeterminado, que en razón de la aplicación del juicio disyuntivo y la regla *tertium non datur*, sólo puede dar como resultado que el concepto se dé (x1a), o que el concepto no se dé (x1b).

Así, tenemos en razón de la posición del maestro Enterría que:

Entendiendo que en la disposición (A) que estipula la potestad discrecional (X) se encuentra *anclado* un concepto jurídico indeterminado (x1) encuadrado en el juicio disyuntivo- *tertium non datur* se puede dar (X1a) o (X1b).

Por ser divergentes ambas instituciones, se obtiene el siguiente resultado:

(A)(X)(x1) (x1a) o (X1b)  $\longrightarrow$  resultando la relativización (sustitución) (XsustR) de la discrecionalidad (X) por el concepto jurídico indeterminado (x1a) o (x1b)  $\longrightarrow$  (A)(X)(x1) = (A) (XsustR) (x1a) o (x1b). Esto significa que el concepto jurídico indeterminado sustituye la discrecionalidad. Obteniéndose como resulta: (XsustR)(x1) decisión controlable en la medida de ser incorrecto el proceso de subsunción y desconocerse el juicio disyuntivo (*tertium non datur*)

Teniéndose que reconocer por la administración (con criterios de única respuesta correcta) si es : (XsustR) (x1a) ó (XsustR) (x1b),

Reconociendo como hemos insistido en el desarrollo de estas palabras que los conceptos no se distancian de la discrecionalidad administrativa, que por el contrario, producen el efecto de aumento por admitir que la administración frente a ellos toma un papel Volitivo y no cognitivo, voluntad que deberá ejercerse dentro del respeto de criterios objetivos dados desde el significado que el poder público por ser un poder artificial se apoya de la justificación.

DISCRECIONALIDAD AUMENTADA (Libertad de elección de motivos y libertad de arrastre al espectro de representación)

En la siguiente formula: (X) representa la potestad discrecional dada a la administración, (x1) simboliza un concepto jurídico indeterminado, que en razón de lo (volitivo) y en rechazo de la tesis de la única respuesta correcta, y la asimilación del acto de arrastre al espectro de representación, se da como resultado que del concepto jurídico indeterminado puede optarse por varias decisiones todas estas justas en la medida que reconozcan los criterios objetivos: (x1a); (x1a); (x1c) (x1n...)

La discrecionalidad Aumentada (XAum) implica el encuentro de la discrecionalidad (X) con un concepto jurídico indeterminado (x1) en un mismo enunciado normativo (A)

(A)(X)(x1) → Resultando el aumento (coexistencia de libertades) (XAum) de la discrecionalidad → (A)(X)(x1) = (A)(XAum) en donde la discrecionalidad como libertad de elección de motivos (Xm1);(Xm2);(Xm3); (Xm....) no se afecta (negación relativización o sustitución (XsustR)(x1)) por el concepto jurídico indeterminado (x1) que admite que la administración arrastre determinados hechos (h1;(h2);(h3);(h...)) al espectro de representación (Erep).

En tal sentido se tiene como resultado que:

(A)(X)(x1) → (A) ((X) (Xm1);(Xm2);(Xm3); (Xm....)) ((x1) (Erep)) → (XAum) ((X) (Xm1);(Xm2);(Xm3); (Xm....)) ((x1) (Erep)) aquí se admite que la libertad de elección de motivos y la libertad de arrastre de los hechos al espectro de representación se mantenga y no se presenta lo que en la doctrina de la divergencia referimos como *sustitución*.

En la doctrina de la convergencia tendríamos en conclusión :

(A)(X)(x1) = (XAum) ((X) (Xm1);(Xm2);(Xm3); (Xm....)) ((x1) (Erep)) es decir, coexistirían ambas instituciones. Pero, con la exigencia de siempre requerir a título de elemento sustancial la motivación expresa.

La posibilidad que le asiste a la administración por la naturaleza misma de los conceptos jurídicos indeterminados (no ser posible su reducción al principio de la única respuesta correcta), y operar la *voluntad* (elemento volitivo en el marco del respeto de los criterios objetivos) en la aplicación de estos conceptos, se admite que la administración cuenta con un margen de acción más abierto cuando la norma habilitante de la potestad discrecional (que por sí, admite la conducta volitiva de la administración) se le incrusta un concepto jurídico indeterminado (que en su aplicación no es cognitivo, sino volitivo) tenemos que esa voluntad de la que gozaba la administración bien para optar por la consecuencia jurídica Y ó Z, ahora se amplía (volitivamente)<sup>225</sup> en razón de la determinación que requiere el supuesto de hecho indeterminado, y de la múltiple respuesta que admite un concepto jurídico indeterminado, a razón de lo anterior reconocemos atendiendo la lógica-normativa que los conceptos jurídicos indeterminados como la discrecionalidad administrativa se encuentran, en el supuesto de hecho. Soportándose la discrecionalidad aumentada en una norma de programación final.

<sup>225</sup> Con esto queremos decir que aunque la norma conduzca bien a una consecuencia X ó Y, la indeterminación del concepto jurídico, permite que esta potestad discrecional de libertad de acción, la administración tenga un margen más amplio de actuación (justificación) para optar entre la consecuencia X ó Y. Por eso para algunos autores una vez se concrete el concepto jurídico indeterminado la administración debe actuar regladamente, efectuando un proceso de subsunción frente al supuesto de hecho construido de la concreción del concepto jurídico indeterminado.

No podría concebirse que la concreción de un concepto jurídico indeterminado, puede ser cualquiera, la lucha contra la arbitrariedad implica no permitir que toda decisión se soporte en cualquier “*criterio subjetivo*” de la administración, pues, de permitirse esto, volveríamos al reino de los déspotas o de acuerdo a las fascinantes conclusiones del Francés Bertrand de Jouvenel estaríamos próximos a un ESTADO MINOTAURO<sup>226</sup>.

Por eso que en aras de garantizar la certeza jurídica, el respeto de las garantías de los administrados y la lucha contra la arbitrariedad, debe ordenarse que el actuar *volitivo* de la administración se desenvuelva por el respeto a “*criterios objetivos*” *estipulados de manera* explícita (como las regla, principios, derechos humanos y fines) e implícita (algunos principios como seguridad jurídica, confianza legítima)<sup>227</sup> en el ordenamiento jurídico. Esto obviamente determina con claridad la existencia de componentes esenciales y no solo formales del acto administrativo producto del ejercicio de la potestad discrecional, que a posteriori facilitarían el control jurisdiccional, cerrando todo camino para la inmunidad del poder.

Dentro de los “*criterios objetivos*” encajamos el respeto de los principios constitucionales<sup>228</sup>, las garantías constitucionales, los derechos humanos, los fines del poder público y del Estado, y el interés público (entendido como principio constitucional) como principio conductor de la acción del Estado como entidad superior. Estos criterios objetivos limitan el carácter volitivo de la administración no sólo cuando puede actuar discrecionalmente, sino cuando está frente a un concepto jurídico indeterminado que requiere concreción, de allí que no toda concreción sea correcta, o en otras palabras, que no cualquier acto de arrastre sea posible jurídicamente, y no cualquier motivo sea admisible.

Estos criterios objetivos que serían la salvaguarda, la barrera que evitaría decaer la actividad jurídica discrecional en arbitrariedad, se pueden concebir en dos sentidos, uno formal, y otro sustancial. En cuanto a los criterios objetivos formales se entienden todos aquellos que determinan jurídicamente lo externo del acto, pudiéndose referir aquí: la competencia, la duración y extensión de la decisión, las formas requeridas, el debido proceso y el derecho de

---

<sup>226</sup> Bertrand de Jouvenel entiende que las teorías que ha pretendido limitar el poder siempre han resultado extendiéndolo, el estado minotauro es la unión del Behemoth y el leviatán de Hobbes, es decir de la guerra y el orden, que en aras de un principio oculto (el poder de obediencia que exige unos pocos sobre muchos) el estado llega a ser una institución superior Totalitarista. DE JOUVENEL, Bertrand. Sobre el poder. Ed. Unión. España. 1998. Pág. 145-165

<sup>227</sup> VIANA CLEVES, María José. El principio de confianza legítima en el derecho administrativo. Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág.107 y ss.

<sup>228</sup> Rubén Hernández Valle nos dice sobre los principios constitucionales: “ *en consecuencia, tales principios no tratan de establecer unos elementos complementarios de interpretación ni simples criterios programáticos, sino de introducir, por vía preceptiva, los más generales principios que los ciudadanos y todos los poderes públicos están obligados a obedecer (...) por otra parte y dado que de ellos se pueden derivar tanto potestades a favor del Estado como derechos subjetivos en beneficio de los administrados, su eventual violación puede ser impugnada a través de los diferentes procesos constitucionales (...existen tres tipos de principios constitucionales: 1) los institucionales; 2) los que se derivan a la interpretación armónica de dos o más normas constitucionales y 3) los implícitos o presupuesto por la legislación ordinaria*” en: HERNANDEZ VALLE, Ruben. Los principios constitucionales. Corte suprema de justicia. Escuela judicial. Costa rica. 1992. Pág. 4,5

audiencia y defensa. Los criterios objetivos sustanciales, por el contrario, son los que pertenecen a la órbita interna del acto, a su esencia como puede ser el objeto, el motivo, la finalidad y en general a todos aquellos elementos que inciden en el no quebrantamiento del ordenamiento jurídico<sup>229</sup>. En este orden de ideas los criterios objetivos descritos en las líneas anteriores harían parte de los criterios objetivos sustanciales.

De modo que el actuar volitivo de la administración estaría limitado por criterios objetivos formales y sustanciales. En la doctrina de la divergencia se consideró la causal de desviación de poder como técnica de control de los elementos reglados de la discrecionalidad<sup>230</sup>, lo que terminaba resultando un control de tipo formal. Por eso, en aras de extender el control al fondo y no solo a elementos formales de la discrecionalidad se creyó en los conceptos jurídicos indeterminados.

Ahora bien, en la concepción y ante la institución de la discrecionalidad aumentada, no es predicable el uso de los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de control, por ello, que deba replantearse nuevamente la concepción del control jurisdiccional, específicamente, en cuanto al control de fondo sobre este tipo de discrecionalidad. Ante ésta operaría la causal de desviación de poder como técnica de control formal sobre los elementos reglados de toda discrecionalidad (existencia, extensión, competencia, fin, hechos), en aras de aplicación del principio de mensurabilidad. Pero, partiendo de la premisa conceptual sobre la discrecionalidad que entendemos es la libertad relativa (lo relativo proviene del respeto de criterios objetivos formales y sustanciales) de elección de motivos, se constituye en una exigencia absoluta requerir que todos los actos discrecionales deban contener expresamente las razones jurídicas y fácticas que motivan la toma de decisión de la administración.

El motivo expreso contenido en el acto administrativo entendido como producto de la potestad, permitirá en la doctrina de la divergencia, realizar un efectivo (anhelado) y real control de fondo del ejercicio de las potestades discrecionales por parte de la administración. Con este requerimiento de forma (en cuanto debe ser expreso), pero que es sustancial (en cuanto que en la elección de motivos está la verdadera discrecionalidad y la verdadera naturaleza del concepto jurídico indeterminado), se permite invocar la causal propia del control de fondo, que no es otra que la *falsa motivación*. En ese orden de ideas, consideramos que en la causal de *desviación de poder* se anexaría todas las causales que discuten elementos reglados del acto (discrecional) procediendo un control de *tipo formal*, y, que invocando la causal de falsa motivación, se lograría hacer control de fondo sobre el ejercicio de la potestad discrecional por la administración.

---

<sup>229</sup> GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Acciones o pretensiones contencioso administrativas. Ed. Ibañez. Colombia, 2013. Pág. 59,69. El profesor GÜECHÁ MEDINA refiere indirectamente que estos criterios objetivos darían lugar a dos vicios que afectarían la legalidad del acto, por un lado los vicios de forma y por el otro de fondo, gestándose causales de nulidad para alegarlos, para los vicios de forma encajaría las causales de incompetencia del órgano o funcionario que expidió el acto, expedición de forma irregular y desconocimiento del derecho de audiencia y defensa; para los vicios de fondo serían dos las causales para invocarlos la desviación de poder y la falsa motivación del acto.

<sup>230</sup> Dentro de estos como se explicó en el capítulo primero se cuenta la existencia, competencia, el fin, los hechos, la extensión; y elementos reglados eventuales: el tiempo, forma de ejercicio, y fondo. Esta es la concepción de la doctrina de la divergencia.

Para lograr la procedencia de esta causal, debe exigirse recíprocamente el expreso señalamiento del motivo en el acto administrativo producto del ejercicio de la potestad discrecional. De acuerdo a ello, aunque se desmonte a los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de control de la discrecionalidad en la doctrina de la convergencia, la discrecionalidad aumentada producto de este desmonte y del encuentro con la libertad de elección de motivos que implica la discrecionalidad, se dota al administrado de una causal desvalorada como es la falsa motivación para lograr que el juez controle las actuaciones discrecionales simples y aumentadas de la administración, por eso consideramos que existe una diferencia abismal entre la causal de desviación de poder y falsa motivación, creemos que solo esta última conduce a un control de fondo, pues, aquella invoca el control de elementos reglados, lo que siempre se suscribirá a un control de forma.

El expreso señalamiento del motivo no solo permite al juez de lo contencioso conocer las razones jurídicas que tuvo presente la administración para actuar con aumento de su discrecionalidad, sino permitirá que el principio del actuar administrativo en el estado Social de derecho, no sufra deterioro, me refiero a la conjugación en una regla de equilibrio entre el ejercicio de la autoridad administrativa y la garantía de los derechos de los administrados. La motivación del acto permite entonces garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que implica el fortalecimiento de las medidas garantistas en contra de los espacios de inmunidad jurisdiccional.

Existen dos tipos de administrativistas- si se me permite decirlo así- por un lado, están aquellos que desarrollaban el *deber ser* de la administración, y por otro lado, están aquellos que plantean la realidad de la administración, el ser .

Este escrito no pretende esbozar una verdad absoluta tan contraria al relativismo profesado por el gran maestro Kelsen, pretende fundamentar el resultado del encuentro posible y muy probable en la realidad palpable de la administración entre la potestad discrecional y los conceptos jurídicos indeterminados, justificando que dicho encuentro no gesta un espacio de inmunidad jurisdiccional o de arbitrariedad, todo lo contrario, la teoría de la discrecionalidad aumentada nos permite identificar realmente que la administración en muchas ocasiones actúa de tal manera.

Cómo pedirle al juez que desconozca que la administración posee la potestad de concretar un concepto jurídico indeterminado, cómo exigirle al juez que encuentre la única respuesta correcta en determinado caso, si como hemos visto no es posible.

Con la discrecionalidad aumentada se da una justificación teórica a una realidad constatable de la administración.

## 1. La doctrina de la discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado en el Consejo de Estado Colombiano. Una breve mirada desde la divergencia y la convergencia bajo el efecto SIMILITUD-ACERCAMIENTO

En el presente apartado, no pretenderemos hacer un estudio detallado del tratamiento “conceptual” de la discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado<sup>231</sup>, solo se decanta el contexto mayormente divergente y “*raramente*” convergente de ambas instituciones jurídicas, observable en un conjunto de sentencias del Consejo de Estado, de las cuales se infiere y logra demostrar, la *similitud-acercamiento*, y a veces, la *confusión* en una sola figura (discrecionalidad) que se dota al concepto jurídico indeterminado.

Este efecto que llamamos *similitud-acercamiento*, se presenta, específicamente por dos razones importantes: la primera, que no tiene que ver con la conceptualización de la discrecionalidad, pues bien, se haya asumido desde una concepción *formal, material o mixta*<sup>232</sup>, ella, en cada pronunciamiento conserva su imagen *conceptual y real* de otorgamiento de margen de libertad de decisión para la administración, a contrario sensu de la potestad reglada; sino con el hecho de un abordaje parcial de la institución del concepto jurídico indeterminado (en relación con la discrecionalidad), abordaje que recae sobre la *sustancialidad* del concepto, pero que deja de lado y de modo absoluto su condición *funcional de técnica de control de fondo de la discrecionalidad*, ésta es tal vez la razón principal que explica como en ocasiones el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha señalado punto de encuentro entre concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad –que advierto- no es la misma convergencia que sostenemos en este escrito, por consecuencia del no abordaje del ámbito de funcionalidad. La segunda, que es mejor una *posible* explicación de la primera, refiere al parcializado tratamiento de la tesis divergente, y particularmente del profesor Eduardo García de Enterría, explicable por el efecto la *lectura transformadora* al interior del Consejo de Estado desencadenada en la producción de *teoría pop*<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> Tratamiento que se aborda de manera sistemática y profunda en la obra: MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá- Colombia. 2007. Pág.632 y ss.

<sup>232</sup> Clasificación dada textualmente en la sentencia Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074. y tomada para el estudio de la discrecionalidad en la obra del profesor colombiano Marín Hernández

<sup>233</sup> LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Ed. Legis. Bogotá- Colombia. 2004. En este apartado del escrito hacemos uso de dos recursos teóricos que utiliza el profesor Diego López Medina, para explicar cómo en los países de la periferia (sitios de recepción) a través de una *lectura transformadora* se hace cambios sustanciales a la teoría trasnacional del derecho TTD creada en los países prestigiosos (sitios de producción), creando (teoría jurídica loca )que luego influyen la *teoría pop* que son “*las ideas sobre el derecho en general que efectivamente están en el fondo de las mentes de los abogados practicantes, y de otros miembros de las élites locales cuando producen memoriales, documentos transaccionales como contratos y testamentos, decisiones judiciales y legislación*”. Prologo (Duncan Kennedy) Pág. xi-xii



Dicho lo anterior, basta referir, por un lado, que entendemos por *similitud-acercamiento*, el efecto presentado en algunos pronunciamientos del consejo de estado, en el cual partiendo de una naturaleza ambigua, vaga, imprecisa, indeterminada y de textura abierta del concepto jurídico indeterminado lo asimila a una potestad discrecional, reconociendo que la administración goza de un margen de libertad de decisión, optando por una concepción *sustancial* del concepto indeterminado, que termina asimilándolo o confundiendo con la discrecionalidad. Ahora bien, lo que se advierte en este apartado, es que, en la doctrina del profesor Enterría se nutre al concepto jurídico indeterminado, de ser una técnica de control, y de allí, que se deba la divergencia entre las instituciones, ámbito que reconocemos *funcional* (por eliminar la inmunidad jurisdiccional de la discrecionalidad).

Así, si bien el Consejo de Estado – a feliz término para la teoría de la doctrina de la convergencia – acepta un margen volitivo a la administración frente a estos conceptos, no lo hace desglosando- como debiera ser- ambos aspectos referidos del concepto, creándose una *transformación* en la teoría transnacional del derecho (lugar en donde ubicamos el pensamiento del maestro Enterría), que desemboca en una débil *teoría pop* en nuestro país.

Veamos:

En la legislación colombiana (art. 44 ley 1437 de 2011, anteriormente art. 36 decreto 01 de 1984 CCA) se ha referido en cuanto a la potestad discrecional en el concepto de decisión discrecional o acto discrecional, que en consecuencia, torna a la potestad reglada, en el acto reglado. De tal manera lo discrecional y reglado quedan anclado al concepto de acto administrativo y no de potestad; que según entendemos es algo muy diferente a aquel, pues, mientras éste se define como “*aquel acto jurídico unilateral, expresión de la voluntad de la administración, por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general impersonal o abstracta, o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto*”<sup>234</sup> la potestad como vimos en el capítulo anterior, es una facultad de poder público (figura jurídica subjetiva creada por la ley) otorgada desde el ordenamiento jurídico (atribución o auto-atribución) a la autoridad administrativa con el objetivo de cumplir con los fines y cometidos Estatales. Las potestades de esa manera y conforme a su determinación legal, o mejor a su alcance de actuación dado desde el ordenamiento jurídico, pueden ser de dos tipos: regladas y discrecionales, de las cuales, una vez en cabeza de la administración, su ejercicio concreto implica la materialización de la potestad en el acto administrativo- que según entendemos no es ni discrecional ni reglado, sino tan solo es un acto administrativo producto de una potestad reglada o discrecional<sup>235</sup>.

Aunque esta diferencia sea necesaria conceptualmente<sup>236</sup>, en la realidad práctica, entender acto discrecional<sup>237</sup> o acto reglado se hace admisible para iniciar los actos de control jurisdiccional por

---

<sup>234</sup> SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel. El acto administrativo. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá- Colombia. 2007. Pág.28,29

<sup>235</sup> Es la misma conclusión de la que se llegó en el Consejo de Estado (tema tratado en el primer capítulo de esta obra) sobre la naturaleza jurídica del acto político, que no es otra, que ser un acto administrativo

<sup>236</sup> PENAGOS, Gustavo. Nombramientos e insubsistencias discrecionales, partidistas o arbitrarios. Ed. Doctrina y Ley. Ltda. Bogotá-Colombia. 1998. Pág. 31

<sup>237</sup> Por ejemplo en expediente 1443 del 3 de noviembre de 1993 al estudiar la nulidad de las resoluciones por las cuales les se destituyo por parte de la procuraduría al superintendente Bancario (1978-1982) Doctor

medio de las causales procedentes. De ese modo, acto discrecional y reglado (definidos así solo para conocer de qué potestad provienen), se hace procedente, pues, en últimas el control sobre las potestades administrativas, solo sería un control legal – abstracto, por medio de la acción de inconstitucionalidad, nulidad por inconstitucionalidad o nulidad simple; sólo es posible ejercer un control legal-concreto sobre los actos administrativos en quienes pueden proponerse la pretensión de nulidad invocando las causales para ellas establecidas.

Pero no obstante, puede notarse como al interior del Consejo De Estado, en ocasiones también se refieren a facultades discrecionales y no ha actos discrecionales, esto con el fin, como acontece en las discusiones sobre la libertad en el ejercicio de nominador que les corresponde a las altas cortes al momento de elegir dentro de la lista de elegibles el respectivo *funcionario judicial*<sup>238</sup>, de

---

Francisco Morris Ordoñez- El consejo de estado se refiere a los actos discrecionales en cuanto a la “toma de posesión” (decreto art. 5 ley 57 de 1931) que en su momento podría hacer el superintendente bancario, como la “libertad en la elección entre varias alternativas igualmente justas, que si se ha cumplido dentro de los límites legales resulta necesariamente justa, como por lo demás, lo sería igualmente otra solución o decisión. En ella se nota un componente de valoración de la realidad no se obra fuera de su contexto, ni en el mero ámbito de las ideas aunque si en relación con ellas, pues se actúa para incidir en el mundo exterior: el de los hechos concretos y reales. Tal proceso evaluativo de la administración podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad misma, determinar si se ha producido o no el hecho y cómo lo ha sido, ya no puede ser objeto de una facultad discrecional porque no puede quedar al arbitrio de la administración discernir si un hecho se cumplió o no, o determinar que algo ha ocurrido si en verdad no ha sido así Todo acto discrecional tiene suficientes elementos reglados como para que no pueda justificarse, de ninguna manera, la abdicación total del control judicial sobre ellos. Esa labor de control judicial externo es un examen que parte y se puede hacer solamente sobre la regularidad exterior del ejercicio de la potestad discrecional, o se desplaza hacia el extremo de su licitud. La otra forma de control se vuelca sobre el fin y se interioriza en el acto para generar la técnica de la desviación de poder, tanto que si la autoridad se aparta del fin condicionante de su potestad, deja de ser legítimo. (...) De tal suerte, se penetra en el modo o manera de ejercitarse la discrecionalidad a través del control de los hechos sobre cuya base se desplaza y, aunque se acuda a observarla a través de los principios generales, no consiste el control judicial que es por esencia externo al productor del acto, en que el juez sustituya el criterio de la administración por su propio y subjetivo criterio. Si así lo fuere, todo se reduciría a sustituir una discrecionalidad por otra sin avanzar un solo paso en el problema. El control de la discrecionalidad no implica, sin embargo, una negación del ámbito propio de los poderes de mando y de la iniciativa conformadora del poder público, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto por los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión no integra sus funciones, ni la requieren tampoco sus responsabilidades, ni puede justificarse en ningún margen de libertad, que no es posible admitir ante el ordenamiento jurídico que proclama esos valores”. En esta sentencia notarse con total claridad la adopción en el consejo de estado de las enseñanzas del maestro García de Enterría, en cuanto al concepto de discrecionalidad y el control de esta por técnica de los hechos determinantes.

<sup>238</sup> En expediente 25000-23-26-000-2004-02188-01(AC), del 13 de septiembre de 2005, la sala contenciosa administrativa sección tercera del Consejo de Estado, MP. JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE, al resolver en segunda instancia sobre la acción de tutela formulada contra la corte suprema de justicia, por no nombrar al actor en el cargo de magistrado de la sala penal del tribunal de Ibagué, dijo el Consejo de Estado en cuanto a la facultad discrecional: “Se infiere de los anteriores numerales que la ley estatutaria diferenció claramente los procedimientos para la designación de funcionarios y empleados y esto es propio por naturaleza, ya que como se dijo, es en cabeza de los funcionarios que está el poder jurisdiccional y no de los empleados, quienes simplemente conforman su grupo operativo, luego para la designación de los primeros, dio la ley al nominador un margen de discrecionalidad o maniobrabilidad dentro de una gama de candidatos

*identificar en la facultad discrecional una libertad de elección que implica no estar sometidos al orden en que se encuentren los candidatos en la lista de elegibles, y sin sujeción a cumplimientos de requisitos que conduzcan a una única respuesta correcta, que sería, según hemos venido tratando, la característica vital de una potestad reglada.*

También se ha entendido en el Consejo de Estado la existencia de facultades discrecionales en la elección de cargos en provisionalidad refiriendo que el nombrado en provisionalidad en un empleo *de carrera accede a él en forma discrecional, sin procedimiento ni motivación, de modo que su desvinculación se puede hacer de la misma manera*, esto entiende el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, es en cuanto que el empleado en provisionalidad no goza de la estabilidad de un empleado de carrera, de modo, que en su remoción no puede exigirse los requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra a los empleados de carrera, sin que esto signifique la vulneración del derecho al debido proceso. Por ello ha insistido el Consejo de Estado que el empleado nombrado en provisionalidad no goza de ningún fuero de estabilidad y puede ser retirado sin *motivación* alguna si no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio<sup>239</sup>.

Hasta aquí, la discrecionalidad pareciera representar en el Consejo de Estado Colombiano, dos condiciones en cabeza de la administración, una, la libertad de elección, la existencia del criterio

---

*presentados de la lista de elegibles por el Consejo Superior o Seccionales de la Judicatura.” (...) “Discrecionalidad que no dio al nominador en caso de los empleados de carrera para evitar posibles desmanes en su designación”*

<sup>239</sup> Expediente 25000-23-25-000-2002-07251-01(2637-04) del 23 de junio de 2005, la sala contenciosa administrativa sección segunda subsección B, MP. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE relacionan el ejercicio de la facultad discrecional con la inexistencia de deber de motivación del acto *“Su permanencia en el cargo por encima del término previsto en la ley no le genera ningún derecho de inamovilidad ni al nominador la obligación de motivar el acto pues estas circunstancias no pueden modificar la condición legal de provisionalidad.”* (...) *“Como no están exentos de ser removidos a través del ejercicio irregular de la facultad nominadora pueden demandar el acto de remoción pues las causales de nulidad afectan tanto los actos de remoción del personal de carrera como los de aquellos carentes de estabilidad”* En la misma sentencia se afirma sobre el requisito de motivación establecido en el art.26 del decreto 2400 (El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. **Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida**) que este no es un requisito que afecte la nulidad del acto, pues es una acción posterior. *“Si bien no aparece probado en el plenario que se haya dejado anotación en la hoja de vida sobre el motivo que dio lugar al retiro del demandante, tal hecho no afecta la validez del acto administrativo demandando por tratarse de un acto posterior que, además, no constituye elemento de aquel. El Consejo de Estado <sup>239</sup> ha sostenido esta tesis en forma reiterada: “La omisión de cumplir con la obligación de dejar constancia en la hoja de vida del hecho y de las causas que ocasionaron la declaración de insubsistencia, exigida en el artículo 26 del decreto 2400 de 1968, por presentarse con posterioridad a la expedición de tal declaración, no puede constituir un vicio del acto, como reiteradamente tuvo oportunidad de expresarlo la Sección Segunda. Al efecto, pueden consultarse, entre otras muchas, las sentencias del 23 de septiembre de 1991, expediente 944, actora Hilda María de los Angeles Parra de Posada y 19 de noviembre de 1993, expediente 6836, actor Jorge Hernán Betancur Aguilar (...) En este orden de ideas la Sala concluye que como la constancia en la hoja de vida sobre los motivos de la insubsistencia no constituye elemento del acto administrativo sino un acto posterior, debe desestimarse el cargo formulado.”*

volitivo, y la otra, la relación entre la existencia de ese criterio volitivo y la negación de la exigencia de motivación<sup>240</sup>.

De igual manera, para la corporación la discrecionalidad se forjaría, primero, en la premisa de la vinculación positiva a la ley, lo que quiere decir que lo discrecional provendría del ordenamiento jurídico, y no por la falta de normatividad<sup>241</sup>, y segundo, en la conciencia jurídica de que es el juez administrativo quien conoce desde una óptica jurídica y no desde una conveniencia dialéctica entre interés público-interés particular, juicio propio de la administración. Esto permite al juez resolver en cuanto a la legalidad de la actuación, sobre su validez jurídica de lo que se somete a su control *“lo cual parte del supuesto según el cual el ejercicio de la discrecionalidad debe desplegarse dentro de la esfera de lo lícito”*<sup>242</sup>

Esta sumisión a lo lícito, ha entendido la corporación, es la forma *objetiva* que permite al juez controlar las actuaciones discrecionales de la administración, pues, los intereses del Estado no pueden ser contrarios al derecho, al ordenamiento jurídico, y particularmente al interés público, pues los fines y medios para satisfacerlos es una imposición a la administración *“Y es por ello, que la última palabra para apreciar y definir lo que sea de interés público no la tienen los funcionarios*

---

<sup>240</sup> El consejo de Estado ha señalado como característica esencial de los actos discrecionales su no exigencia de motivación. Véase sentencias: Expediente 25000-23-25-000-2001-03725-01(3947-05), de fecha 19 de abril de 2007, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, Subsección A. 19 de abril de 2007, CP. ALBERTO ARANGO MANTILLA. Dte. Jana Marcela Rangel. Ddo. Corporación Autónoma regional de Cundinamarca CAR. También: Expediente Rad. 3443 de fecha 28 octubre de 1999, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Primera. CP. **JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA**

<sup>241</sup> En expediente 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A, de fecha 16 de marzo de 2005, la sala contenciosa administrativa sección tercera, CP. RUTH STELLA CORREA al decidir sobre el recursos de reposición interpuesto contra el auto de imprueba la conciliación efectuada entre INVIAS y EPTISA PROYECTOS INTERNACIONALES S.A se dice al respecto : *“En efecto, la justicia administrativa desde sus orígenes fue concebida como el medio más idóneo de fiscalización a la administración, en orden a garantizar la vinculación total positiva del ejecutivo a la ley como manifestación de la voluntad general, como que el ejercicio de la función administrativa, como observa Laubadère, está dominado por el principio fundamental de la legalidad, este principio significa que las autoridades administrativas, en las decisiones que adoptan, están obligadas a conformarse a la ley, o más exactamente a la legalidad, es decir, a un conjunto de reglas de derecho de rangos y contenidos diversos. Este principio concierne a todas las actividades de las autoridades administrativas: en primer lugar, las decisiones administrativas individuales y los contratos, por las cuales este principio significa que toda medida particular debe estar conforme a las reglas preestablecidas”* También véase: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de noviembre 25 de 2004, Radicación: 110010326000200300055-01, Expediente: 25560, Ref. Recurso de anulación de laudo arbitral, Actor: Sociedad Centrmed Ltda., Demandado: Hospital Militar Central.

<sup>242</sup> *Ibidem*. Puede notarse como en estas sentencias señaladas existe gran parte en las citaciones al nota de pie referencia a la obra de Eduardo Gracia de Enterría y en general a las premisas de la doctrina de la divergencia. Frente al interés público dice *“esta cláusula se encuentra prevista en el artículo primero constitucional cuando al redefinir nuestro régimen político como Estado social de Derecho, establece sin ambages que éste se funda en la “prevalencia del interés general”, de modo que se trata de uno de sus principios o valores superiores, cláusula luego reiterada bajo la modalidad tomista de “bien común” en el artículo 133 respecto de las actuaciones de los miembros de cuerpos colegiados, contenida asimismo en el artículo 209 donde señala que la función administrativa “está al servicio de los intereses generales” y reiterada, por fin, en el artículo 333 cuando regula la actividad económica”*.

*administrativos, sino quienes tienen a cargo la actividad jurisdiccional en los dominios de la Administración*<sup>243</sup>. Para el Consejo de Estado esto no refiere la sustitución de los criterios (oportunidad y conveniencia) de la administración por los del juez, sino, que es al juez a quien se le permite por ser la última instancia, el control, y en sí, la apreciación de los criterios tenidos por la administración. De modo que también discrecionalidad estaría referenciada con criterios de oportunidad y conveniencia, en relación, con un control de legalidad de las actuaciones de la administración.

Junto a la vinculación positiva de la ley, a la imposición de satisfacción del interés público, y el reconocimiento del juez como *guardián de la legalidad* de las actuaciones de la administración, el Consejo de Estado también ha señalado en varios pronunciamientos la influencia que ejercen el principio de separación de poderes, el sistema de pesos y contrapesos, para entender –lo que vimos en el capítulo anterior– que la discrecionalidad no es absoluta estando sometido al principio de la relatividad, traducido, en el hecho de que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, lo que conduce a la que la discrecionalidad sea una potestad jurídica del Estado que ante determinados hechos adopta una u otra decisión, de modo que la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, siendo su limitante el fin de la norma que la contiene.

Ha dicho el Consejo de Estado, al estudiar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada por un agente de policía retirado del servicio por llamamiento a calificar servicio en contra de la dirección general de la policía Nacional - lo siguiente, en cuanto a la potestad discrecional y la exposición del motivo en el acto que la materializa-

Tratándose de la facultad discrecional, reiteradamente se ha dicho que es una potestad jurídica del Estado que permite a la autoridad administrativa **en presencia de circunstancias de hecho determinadas**, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades.

No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, que se traduce en que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo, es el sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los

---

<sup>243</sup> *Ibidem*. En cuanto al tema que suscita el control jurisdiccional de la sala, que se tradujo en la no aprobación del acuerdo conciliatorio entre INVIAS y el Recurrente dijo- “*En tal virtud, la Sala cumplió con el presupuesto de sus funciones judiciales, mediante procedimiento que llamó “test de legalidad”, el cual implicó evaluar si el acuerdo, en relación con el ordenamiento entero, acusaba o no ilegalidad. La tarea del juez administrativo al verificar si la causal invocada se configura o no, supone estudiar si el acuerdo se ajusta a lo que Hauriou llamaba “bloque de legalidad” y Merkl “principio de juridicidad”, toda vez que la vinculación de la Administración comporta el sometimiento pleno a la ley y al Derecho, al no existir ningún espacio libre de la ley, que permita a la Administración actuar como un poder ajurídico*”. Igual tesis se sostuvo en providencia: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 12139, Auto de 13 de febrero de 1997, Actor Consorcio Tres Palacios Hani.

actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales.

La regla y medida de la discrecionalidad es la razonabilidad, vale decir la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

No puede olvidarse que la ley en las oportunidades que autoriza el ejercicio del poder discrecional, exige en todo caso que tal potestad debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa. (artículo 36 del C.C.A.).

Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

Cabe destacar, que el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, **la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho** que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional **en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos**, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A.

No se trata de exigir **la motivación** del acto sino la justificación de **los motivos**, la primera es un aspecto formal propio de algunas decisiones que implica la expresión en el texto del acto de las razones de su expedición, la segunda es un elemento de su entraña, de su esencia y formación, por ende, es la parte sustancial del acto.

Aplicando las ideas precedentes al sub-lite, observa la Sala que todo acto discrecional de retiro del servicio supone el mejoramiento del mismo y en este orden, corresponde al juez evaluar los elementos de juicio existentes en el expediente que permitan desvirtuar tal presunción, obteniendo importancia los antecedentes en la prestación de la labor, mediatos a la decisión, vale decir, las anotaciones recientes en la hoja de vida del servidor, conforme a la cual es dable inferir su moralidad, eficiencia y disciplina, parámetros para justificar las medidas relacionadas con el mantenimiento o remoción del personal<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup> Expediente 25000-23-25-000-2000-04814-01(0589-05) del 03 de agosto de 2006, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B. MP. Alejandro Ordoñez Maldonado.

De lo anterior, puede extractarse las siguientes ideas: primera, que la discrecionalidad administrativa es un asunto de libertad de elección que se forja en determinados hechos, por lo incompleto que resulta ser el supuesto de hecho que la contiene, de modo, que discrecionalidad se traduce en la libertad de decisión. Segunda, que el ejercicio de una facultad discrecional conforme se desprendía del decreto 01 de 1984 art. 36 (hoy art. 44 ley 1437 de 2011), está delimitado por la conexidad de su ejercicio con los hechos y los fines, lo que torna el ejercicio de la discrecionalidad en un asunto de razonabilidad, un actuar conforme a derecho. Tercera, la diferencia entre motivación y motivo, aquella como requisito formal del acto, y éste como elemento sustancial del acto administrativo; implica en cuanto al ejercicio de potestades discrecionales que el acto “discrecional” no debe ser motivado<sup>245</sup>, pero que, en sí, sustancialmente, a él, existe un motivo que debe ser confrontado con la presencia del hecho que invita a actuar volitivamente a la administración, tornándose el hecho en la justificación de la decisión; la discrecionalidad en este sentido se asimila a una presunción de hecho, en la cual se controvierte en sede jurisdiccional, precisamente, ese tipo de presunción que admite prueba en contrario.

En cuanto a esto último -advertimos líneas atrás- en la crítica que hacíamos a la doctrina de la divergencia, en cuanto a la técnica de control por los hechos determinantes, que éste tipo de control operaría sobre un elemento reglado de la discrecionalidad (la realidad-el hecho), de modo que no puede predicarse un control de fondo sino tan solo formal.

Insistimos- que la comprensión de la discrecionalidad desde un escenario de lo concreto diluye su manto de ambigüedad conceptual representándose ésta como la *libertad relativa de elección de motivos*, por ello que éste debe estar expresamente en el acto administrativo. Sostenemos así, que la condición sine qua non para lograr un *control de fondo de la discrecionalidad*, es precisamente la exposición clara y *expresa* del motivo en el cuerpo del acto, o para decirlo de manera más clara, que de la aceptación de existencia del motivo se pase a la exigencia de motivación en el acto, con esto se conduciría a la procedibilidad de la causal de *falsa motivación*, como causal exclusiva de control de fondo, y la desviación de poder como causal de control formal de la discrecionalidad.

La no exigencia del motivo expreso (motivación) en el acto administrativo producto del ejercicio de una potestad discrecional, ha sido entendida por el Consejo de Estado, como algo de fácil asimilación, pues, reconoce que el motivo, sí, se encuentra en este tipo de actos, pero lo está de forma implícita, el motivo está intrínseco en la decisión, siendo un deber de quien acude ante la jurisdicción efectuar la valoración necesaria para demostrar el apartamiento de la decisión con la realidad de la que se sustenta la actuación adelantada, esto es asimilable a la estrategia jurídica

---

<sup>245</sup> Ibídem. dice el consejo de estado resolviendo de fondo el problema jurídico que se plantea que –“ En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida”.

que despliega el demandante ante la figura de presunción de hecho que encierra la discrecionalidad administrativa.

Lo anterior se relaciona con las tres acepciones que se le ha dado a la discrecionalidad. Según el Consejo de Estado<sup>246</sup>, existe un significado *positivo o material*, uno negativo o formal, y, uno *mixto* (material y formal) de discrecionalidad<sup>247</sup>. En las definiciones materiales o positivas, la discrecionalidad se entiende que existe en los eventos que el interés general no se encuentra exhaustivamente precisado por la ley, de modo que la autorización expresa o implícita proveniente del ordenamiento hacia la administración es para que en cada caso en concreto y previa ponderación de los hechos e intereses que en él se presenten, tome una decisión, que pretenda satisfacer en mayor medida el interés público, que si bien no se encuentra legalmente definido y fijado, si esta casuísticamente predeterminado, predeterminación que es cumplida a gracia de la potestad discrecional. De esta manera, la discrecionalidad sería la libertad de valoración o apreciación que hace la administración del interés público en cada caso en concreto. Por el contrario, en la definición formal o negativa, la discrecionalidad no parten del objeto (interés público) sino en la forma que se configura la discrecionalidad, así, se entiende que lo discrecional es un ámbito de decisión dado por el legislador, pero también por la misma administración (atribución y auto atribución), lo que implica que habrá discrecionalidad cuando existe un espacio de decisión que no es regulado previamente por el ordenamiento jurídico, de ese modo, para detectar la existencia de discrecionalidad se deberá valorar las formulas empleadas por el legislador, como es el caso de las expresiones podrá, o, la densidad de regulación. Las concepciones formales son las que en mayor caso se presentan en la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>248</sup>, pues, se ha entendido que habrá discrecionalidad cuando la conducta de

---

<sup>246</sup> Expediente 11001-03-26-000-1995-03074-01(13074) de fecha 30 de noviembre de 2006, Consejo de Estado Sala contenciosa administrativa, sección tercera. MP. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, se estudia acción de nulidad contra sendas resoluciones emitidas por el ministerio de transporte en las cuales se modifica el régimen tarifario de peajes en ocasión de celebración de contrato de concesión. Reconoce el consejo de estado que estas potestades son discrecionales de la administración.

<sup>247</sup> Esta clasificación posteriormente fue desarrollada por el profesor colombiano HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ, en su obra *Discrecionalidad administrativa*. Publicada por la Universidad Externado en el mes de agosto del año 2007.

<sup>248</sup> MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia. 2007. Pág. 653, 654, refiere el autor además que *“tampoco es posible dar cuenta de una definición legal de la figura que nos ocupa y de hecho son muy escasas las referencias que a la discrecionalidad se efectúan en la normatividad reguladora del procedimiento administrativo y de la jurisdicción especializada en el control de la actividad de la administración- Código contencioso administrativo-, siendo la única explícita y más importante la contenida en el artículo 36 CCA- que en todo caso no apunta un concepto de facultad discrecional-, de acuerdo con el cual “en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa” (...) Pero más allá de estas inocultables deficiencias que, a nuestro modo de ver, son claramente perceptibles en punto a la definición del concepto de la discrecionalidad en Colombia, con las graves consecuencias que de ello se derivan para estructurar una doctrina sólida- que igualmente brilla por su ausencia, o cuando menos se encuentra en estado incipiente – en materia de alcances de la fiscalización judicial de su ejercicio- establecida, como hemos dejado expuesto, la accesoriedad de este último asunto respecto del tema del concepto de la figura que nos ocupa-, lo que llama todavía más, si cabe, la atención, es que con tal grado de “naturalidad” se confunda, en fechas extremadamente recientes y por parte del más alto tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa, la discrecionalidad como*



la administración no esté previamente determinada por ley, quedando así en libertad (relativa por la vinculación de tipo positivo a la ley) la administración frente a determinadas circunstancias de hecho para adoptar una u otra decisión.<sup>249</sup> Esto es una libertad, que si bien, no se traduce en ser contraria a derecho, sí, significa como la corporación ha entendido, es una libertad de escogencia del sentido y oportunidad en cabeza de la administración debido a la escasa o flexible configuración normativa, constituida en una remisión legal a criterios extrajurídicos<sup>250</sup>; posición que por demás se decantó en este escrito bajo la doctrina de la divergencia.

Pero una vez se comprendió que esta libertad de decisión, no puede implicar para la administración la determinación de cualquier interés, o lo que es lo mismo cualquier decisión, en cuanto que la administración es gestora de los intereses predeterminados en el ordenamiento jurídico, la mejor manera de aproximarse al concepto de discrecionalidad como se advirtió en el expediente (13074) de fecha 30 de noviembre de 2006, en la cual se valora a la luz del concepto de discrecionalidad la labor desplegada por el ministerio de transporte en el establecimiento de tarifas de peajes (sentencia que cobra importancia en este escrito, en cuanto es claro ejemplo de la adopción por parte del consejo de estado de la posición sostenida por la doctrina de la divergencia) se dijo que la mejor forma de hallar el verdadero sentido de la discrecionalidad era establecer su ubicación en la lógica-normativa, de ese modo, saber a ciencia cierta que era la discrecionalidad, era indispensable primeramente reconocer si su ubicación se daba en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica-

---

*modalidad legítima de configuración de las facultades de la Administración, con la arbitrariedad, antijurídico modo de ejercicio de las potestades legalmente conferidas a los poderes públicos, que por todas las vías se quiere erradicar de la actuación de los mismos, y cuya concurrencia vicia indudablemente cualquier decisión a la que cualquier operador jurídico arribe*". Con la expedición de la ley 1437 de 2011 que deroga el decreto 01 de 1984, no se hace ningún avance sobre la materia, no se conceptualiza la figura de discrecionalidad, y no se establece como se merecería el tema la causal específica de control judicial, a esto me refiero específicamente, la causal procedente de control de fondo. Solo se transcribe al tenor literal el artículo 36 del anterior CCA al artículo 44.

<sup>249</sup> Véase: sentencia C-525/95. Corte Constitucional. MP. Vladimiro Naranjo Mesa. También: Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 13 de agosto del año 1997 CP. Jaime Paredes Tamayo. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección "B", sentencia de siete (7) de junio de dos mil uno (2001) Consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación número: 88001-23-31-000-1999-0027-01(0132-2001), Actor: Luis Román Ardila Medina. En idéntico sentido *vid.* la sentencia de la Corte Constitucional C-031/95 Expediente No. D-676, actor Alexandre Sochamandou, Magistrado ponente, Hernando Herrera Vergara. El tratamiento que se ha dado sobre el tema de discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados y control judicial en el consejo de Estado Colombiano, el tema no ha sido objeto de un tratamiento profundo sino tan solo superficial, a suerte de llegar al concepto de discrecionalidad a partir de la exclusión, lo que no pueda ser reglado es discrecional, como refiere el profesor HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ en el capítulo quinto de su obra "Discrecionalidad Administrativa"

<sup>250</sup> Véase expediente 1672 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, sentencia 13 de agosto 1989 .CP Alvaro Lecompte Luna. Expediente 2504 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo sección segunda 19 de abril de 1989 CP Alvaro Lecompte Luna. En ella se afirma que «hay poder discrecional cuando la ley, habiendo creado una competencia y radicándola en una autoridad dada, deja libre al agente de escoger el sentido en el cual ejercerá esa competencia, le deja la oportunidad de medir los efectos de la decisión que toma».

Sin embargo, tales definiciones “negativas” o “formales” de la discrecionalidad, que conducen, como se ha visto, a entender que cuando la administración ejercita una facultad de esa naturaleza prácticamente queda en “libertad” de escoger entre “alternativas igualmente justas para el Derecho” o entre “indiferentes jurídicos”, han sido, a juicio de la Sala, acertadamente criticadas por la doctrina por cuanto parecieran desconocer que para la administración pública, en la medida en que no es titular de los intereses que procura —que no son otros que los intereses generales—, sino apenas *gestora o vicaria* de los mismos, en línea de principio, por lo menos, no es posible sostener *a priori* que cualquier alternativa de solución a un caso concreto, o cualquier curso de acción en su ordinario quehacer, es igual o indiferente respecto de otro u otros, pues la *administración está instituida para servir a los intereses generales y, en consecuencia, se halla obligada a intentar encontrar, en cada supuesto específico, la opción que de mejor manera sirva a dichos intereses, atendiendo a criterios objetivos y razonables de decisión.*

Y probablemente la aproximación teórica que de mejor manera ilustra lo que se acaba de sostener, es la que se vale de analizar en qué lugar, dentro de la estructura lógica de la norma de derecho administrativo, puede ubicarse la discrecionalidad administrativa: si en el supuesto de hecho, o en la consecuencia jurídica. Esto es, si la discrecionalidad consiste en *libertad* concedida a la administración para elegir cualquiera de las consecuencias jurídicas que la norma autoriza —o para establecer la que la administración considere—, o en *autorización atribuida a la administración para completar el supuesto de hecho imperfecto o inacabado de la norma que atribuye la facultad a la administración, estableciendo un criterio objetivo y razonable de decisión*”

(...)

*Esta concepción de la discrecionalidad administrativa es, a juicio de la Sala, la que ajusta la figura en cuestión a las exigencias constitucionales en el sentido de que la actuación administrativa debe siempre responder a criterios objetivos (obligación que por supuesto no decae en los casos en los cuales tales criterios no vienen predeterminados por la ley dada la escasa densidad regulativa de la misma, como, por cierto, ocurre en el caso sub júdice, en el que las facultades atribuidas al Ministro de Transporte para determinar las tarifas y lugares de ubicación de las casetas de peaje, se le adscriben dejándole un muy amplio margen para valorar con base en qué criterios lo hará), proscribiéndose la adopción de decisiones arbitrarias —artículo 209 de la Constitución Política.*

*Es ésta, igualmente, a juicio de la Sala, la concepción de la discrecionalidad administrativa que subyace a la redacción de la norma que, en el Código Contencioso Administrativo colombiano, se ocupa de la figura en cuestión. No de otra forma habría de entenderse la exigencia formulada por el artículo 36 de dicho Estatuto en el sentido de que el contenido discrecional de una decisión administrativa debe adecuarse a los fines de la norma que la autoriza, así como ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. Sólo un criterio objetivo y razonable que justifique la elección entre la pluralidad de alternativas de las que dispone la administración en el caso concreto, permitirá constatar si la opción por la que se decanta respeta los límites establecidos por el referido artículo 36 C.C.A.*

*Como corolario de lo hasta aquí expuesto, es que se han formulado definiciones de la discrecionalidad administrativa desde enfoques que combinan las dos perspectivas que se acaba de comentar —conceptos “negativos” o “formales”, de un lado, y “materiales” o*

*“positivos”, de otro—, con lo cual ofrecen probablemente la caracterización más completa de la discrecionalidad administrativa, entendiéndola como”<sup>251</sup>*

Al respecto, cuenta HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ quien hace un estudio detallado de la discrecionalidad en el Consejo de Estado, que la definición de la discrecionalidad al interior de esta corporación, se ha alcanzado a título de exclusión con la potestad reglada, acogiendo la tesis negativa o formal, siendo excepcional encontrar decisiones que acojan la tesis material o positiva y más extraño aun, que se haga referencia a la concepción mixta<sup>252</sup> ( en la cual encajamos la sentencia anteriormente citada).

Refiere el autor que la concepción material de la discrecionalidad hay que “desentrañarla” de los planteamientos de las sentencias, pues, los argumentos con que se aduce a la discrecionalidad son desarrollados como acontece en la mayoría de eventos en la concepción formal o negativa<sup>253</sup>

La concepción mixta entendida como aquella que entiende que la discrecionalidad consiste en un ámbito de actuación de la autoridad administrativa no regulado plenamente por el ordenamiento, lo que es una contraposición entre reglado y discrecional, que se traduce en una libertad de decisión, que parte de la idea de complementación del supuesto de hecho, existiendo, por ello un margen volitivo de acción para la administración<sup>254</sup> ; en esta concepción -tal como hacemos nosotros- el profesor Marín Hernández refiere la sentencia del concejo de estado sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, magistrado ponente el doctor ARIEL HERNANDEZ, citada líneas atrás de este escrito.<sup>255</sup>

Pero, aunque esta es una sentencia importante, para el tema que tratamos, no significa y de hecho no ha ocurrido, que a partir de allí, se haya constituido un posición general (mixta o material) de la sala de la corporación sobre la materia, puede notarse como en el año 2010 el consejo de estado sala de lo contencioso administrativo, sección quinta con ponencia de la Consejera de Estado MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON<sup>256</sup>, conociendo de la acción de nulidad incoada en contra del decreto 4547 del 23 de noviembre de 2009, proferido por el presidente de la república ALVARO URIBE por el cual se designa a varios oficiales de la fuerza pública como magistrados del tribunal superior militar, acoge la concepción formal o negativa de la discrecionalidad, refiriendo-

Y por último, que para la elaboración de esa “*lista de candidatos*” el legislador no previó procedimiento alguno, con lo que se dio a entender que el Comandante General de las Fuerzas Militares, los Comandantes de Fuerza y el Director General

---

<sup>251</sup> Se cita en la sentencia la obra de HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ.

<sup>252</sup> MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. 2007. Pág. 653.

<sup>253</sup> Ibíd. Pág. 684-690

<sup>254</sup> Ibíd. Pág. 691

<sup>255</sup> Ibíd. Pág. 697 También véase: expediente 70001-23-31-000-1997-06303-01(23003) de fecha 30 de julio de 2008. Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera. CP. MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Municipio de Santiago de Tolu/ constructora Sego Ltda.

<sup>256</sup> Expediente 11001-03-28-000-2010-00002-00 del 13 de diciembre de 2010. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo. Sección quinta. CP. MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

de la Policía Nacional, pueden obrar en su conformación con cierta libertad o discrecionalidad. Esta facultad es aún más evidente en el caso del Presidente de la República, para quien el legislador expresamente reconoció que la escogencia podría hacerla “discrecionalmente” entre los candidatos que integran la “lista de candidatos”, de modo tal que según su voluntad, que no puede tomarse como arbitrariedad, bien puede nombrar a alguna de las personas allí incluidas o simplemente pedir que le presenten nuevas listas.

Por lo mismo, el grado de autonomía con que cuentan dichos Comandantes, al no estar restringido por regulación alguna, se delimita por el concepto mismo de la decisión discrecional, que según lo previsto en el artículo 36 del C.C.A., indica:

*“En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”*

Como se podrá notar, la discrecionalidad se define a través de dos elementos como son la adecuación y la proporcionalidad. Según lo primero, la medida debe tener correspondencia con el fin perseguido, o en palabras de la Doctrina Constitucional es preciso que exista “la armonía del medio con el fin”<sup>257</sup>; y según lo segundo, la decisión que asuma la administración no debe ser desmedida frente a los hechos que le sirven de fundamento, ya que de superarse ese marco de referencia la decisión se convierte en arbitrariedad, que es la antítesis de la decisión discrecional.

Bajo estas orientaciones no duda la Sala en afirmar que el grado de autonomía con que el legislador invistió a dichos Comandantes al elaborar la “lista de candidatos” a presentar al Presidente de la República, se mide bajo criterios de racionalidad y razonabilidad, pues si bien emergen de un concepto indeterminado como es la decisión discrecional, serán la adecuación y proporcionalidad las que decidan si su obrar, en este caso, estuvo o no ajustado a Derecho.

Ahora, en lo que respecta al grado de autonomía del Presidente de la República al momento de hacer la designación de los Magistrados del Tribunal Superior Militar, también le son aplicables los anteriores parámetros, sólo que en su caso podría hablarse de una discrecionalidad reforzada o ampliada, derivada del hecho que por decisión del legislador extraordinario el primer mandatario de los colombianos tiene la facultad de solicitar que le envíen nueva “lista de candidatos”, lo que de algún modo permite anticipar que su potestad nominadora no queda atada a la postulación que hagan sus Comandantes de la Fuerza Pública”<sup>258</sup>

Curiosa resulta las apreciaciones del Consejo de Estado en esta sentencia, que más reconoce la discrecionalidad con base en la concepción formal o negativa (esto es desde la diferencia con la

---

<sup>257</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 1995.

<sup>258</sup> Expediente 11001-03-28-000-2010-00002-00 del trece (13) de diciembre de dos mil diez (2010) Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección quinta. CP. MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

potestad reglada), pareciera asimilar –pero confundiendo- y no como como advertimos desde la doctrina de la convergencia- el concepto jurídico indeterminado y la discrecionalidad administrativa- ni siquiera asume la tesis de la doctrina de la divergencia<sup>259</sup>.

En sentencia del mismo año, expediente 1972-07 la sección segunda subsección B de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, señaló en cuanto a la discrecionalidad, recogiendo nuevamente la existencia de este tipo de potestad frente a la elección y remoción de empleados de libre nombramiento y remoción<sup>260</sup>-

“La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la posibilidad de que haya empleos de libre nombramiento y remoción, cuyos titulares, por carecer del privilegio de estabilidad, y por no pertenecer a la carrera, pueden ser retirados del servicio mediante actos discrecionales no motivados. Así en la sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, esa Corporación dejó sentado:

*“En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cubre a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.”.*

De otro lado, el artículo 107 del Decreto No. 1950 de 1973, otorga al nominador la potestad de poner fin a la relación laboral; en efecto, dispone la norma que:

*“En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la*

---

<sup>259</sup> Tesis de divergencia referida (*en la medida que hace parte de obiter dicta*) por ejemplo en expediente 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A, de fecha 16 de marzo de 2005, la sala contenciosa administrativa sección tercera, MP. RUTH STELLA CORREA al decidir sobre el recurso de reposición interpuesto contra el auto de imprueba la conciliación efectuada entre INVIAS y EPTISA PROYECTOS INTERNACIONALES S.A se dijo en cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados: *“Del ámbito de la discrecionalidad y su limitación a través del control jurisdiccional es la lucha del derecho administrativo en los últimos cincuenta años, que cubre incluso a los llamados “conceptos jurídicos indeterminados” que en realidad no le dejan a la Administración la libertad de optar entre varias posibilidades de actuación, en tanto no hay múltiples soluciones para la Administración, sino una sola justa, esto es, ajustada a los fines del derecho. Al fin y al cabo, la limitación de la actividad discrecional en función de la idea de fin, únicamente puede hacerse efectiva mediante la fiscalización jurisdiccional, en tanto -como afirma Vedel- discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad, es más se trata de conceptos antagónicos”*

<sup>260</sup> Expediente 25000-23-25-000-2001-12130-02(1972-07) de fecha 02 de septiembre de 2010, Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda subsección B. CP. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. El consejo de estado estudia el recurso de apelación (acción de nulidad y restablecimiento de derecho) presentado por el actor quien ocupaba el puesto de procurador judicial II, cargo que era de libre nombramiento y remoción, con el fin que se declare nulo el acto que declara insubsistencia. En esta sentencia se conserva la premisa de no exigencia de motivación del acto discrecional y la desviación de poder como causal de anulabilidad.

*facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.”*

3.- La jurisprudencia sobre el uso de la discrecionalidad. En el retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, la jurisprudencia, de la cual se cita enseguida una muestra, ha sido reiterativa en punto de reconocer cierto margen de discrecionalidad al nominador, sin que en todo caso, ella pueda conducir al abuso o a la desviación de poder.

El fenómeno de la desviación de poder no es extraño a los actos administrativos de naturaleza discrecional, por eso se ha dicho que esta prerrogativa no puede ser fuente de iniquidad, si es que el acto discrecional encubre una actuación guiada por fines intolerables, o excede las razones que inspiran su existencia en el ordenamiento jurídico. En este sentido, además de los requisitos objetivos que legalmente se exigen, es preciso que el retiro esté inspirado en razones del buen servicio<sup>261</sup>.

Así, en un caso similar al que hoy es objeto de estudio, el Consejo de Estado en sentencia de 8 de abril de 1999, expediente No. 15258 M.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, dejó sentado:

*“La Sala debe detenerse en el análisis de la desviación de poder, pues toda la controversia gira alrededor de esta causal de anulación del acto administrativo demandado. Se expresa que el actor contaba con las calidades requeridas para desempeñar el cargo, gestión que realizó de manera eficiente; que la insubsistencia acusada obedeció a razones de tipo político; y que el servicio se desmejoró puesto que quien fue designado en su reemplazo no tenía la experiencia necesaria. Se observa que cuando se produjo el acto acusado, el demandante era empleado sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción, no estaba inscrito en carrera, ni gozaba de periodo fijo, ni tenía a su favor ningún otro fuero de relativa estabilidad en su cargo. Siendo ello así, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento sin motivación ninguna - o sea en la forma como se hizo - de acuerdo con la facultad discrecional que para el efecto confiere la ley al nominador. Una medida semejante se supone inspirada en razones de buen servicio, -que es el fin primordial de la función pública- y el acto que la contiene lleva implícita la presunción de legalidad, que desde luego admite prueba en contrario. La desviación de poder consiste en que determinada atribución de que esta investida una autoridad se ejerce, no para obtener el fin que la ley persigue y quiere, sino otro distinto. En cuanto a las calidades del actor ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad profesional para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de sus funciones, no otorgan por sí solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo; si se pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto por esta razón, será necesario demostrar el desmejoramiento sufrido por el servicio, que a su vez conduzca a la desviación del poder. Aunque el funcionario sea idóneo para desempeñar el cargo, pueden darse otras circunstancias que a juicio del nominador no constituyen plena garantía de la eficiente prestación del*

---

<sup>261</sup> Al respecto, dispone el artículo 36 del C.C.A.: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

*servicio, y que no está obligado a explicitar en el acto por medio del cual, haciendo uso de una facultad legal declara la insubsistencia. El actor en el libelo se ocupa de manifestar que era un óptimo funcionario y que su reemplazo no tenía los requisitos para el cargo.” (Subrayas no originales)*

En sentido semejante se ha pronunciado posteriormente el Consejo de Estado. Así, la Sección Segunda "A", Consejera Ponente, Dra. Ana Margarita Olaya Forero, en la sentencia del 21 de noviembre de 2002, radicación 3090 – 01 expresó:

*"Y respecto a las buenas calidades del actor, en cuanto a su basta experiencia laboral y profesional, como reiteradamente lo ha sostenido la Corporación, aunque constituyen una garantía del buen servicio, tales características por sí solas no otorgan inamovilidad en el empleo ni enervan la facultad discrecional, pues diversas razones del servicio público pueden llevar al nominador a ejercer al facultad de libre remoción; las razones de servicio están dadas por múltiples y variados factores, determinados por aspectos de conveniencia, oportunidad, eficacia, armonía y moralidad entre otros.*

*(. ..) Tampoco se demostró que el servicio público se hubiera desmejorado con el nombramiento de la persona designada en su reemplazo.*

*Finalmente, como bien lo anota la Agente Fiscal, el hecho de que por la misma época de la declaratoria de insubsistencia del demandante se hayan desvinculado del servicio otros directores seccionales, no tiene la virtualidad de quebrar la legalidad del acto acusado, pues se trata de decisiones independientes de la controvertida en el sub lite, respecto de las cuales se desconocen las razones del nominador para su expedición.*

*En este orden de ideas, y como ninguna prueba demuestra el vicio endilgado al acto acusado, este mantiene su legalidad como se declarara en este proveído con la confirmación de la sentencia recurrida."*

En igual sentido se pronunció el Consejo de Estado en la sentencia de 29 de junio de 2006, expediente 2000-7116<sup>262</sup>, fue dicho en esa ocasión:

*"El buen desempeño laboral no confiere estabilidad por sí mismo a un empleado. La Sección observó que el acto de retiro no requería ser motivado, ni notificado al afectado, pues como expresión del ejercicio de la potestad discrecional, no era necesario que la autoridad administrativa manifestara y exteriorizara los criterios que tuvo en cuenta para disponer la separación del servicio de sus servidores. Y por ello, no era dable calificar de arbitraria la actuación que omite consignar tales motivos; estos se entendían intrínsecos en la decisión, y por tal razón, le concernía a la parte actora efectuar la valoración pertinente tendiente a demostrar el desmejoramiento del servicio con la decisión o la incoherencia entre los antecedentes laborales del servidor retirado y la medida adoptada, sin que se haya apreciado la Sala que se hubiere desplegado por el demandante una labor tendiente a*

---

<sup>262</sup> Igualmente las sentencias de Sentencia de 7 de mayo de 1998, No 15125 M.P. Dolly Pedraza de Arenas, marzo 13 de 2003, M. P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, expediente No. 4972-01

*demostrar este aspecto; y la valoración probatoria que le concierne al juez mostró un panorama desértico".*

Sobre el fenómeno conocido como desviación de poder, también puede consultarse la sentencia de esta Subsección, de 12 de febrero de 2009, C. P. doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno No. 3009-2004, actor: Ángel Ovidio Buitrago Leguizamón, la Sala sostuvo:

*"La desviación de poder es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración (artículo 2º de la Constitución Política y artículo 2º del Código Contencioso Administrativo), lo cual constituye la esencia de su ser."*

Se extrae de la sentencia tres premisas: La concepción formal o negativa de la discrecionalidad, particularmente, la negación del requisito de la motivación en los "actos discrecionales"; la posibilidad de controlar el actuar discrecional a través de la técnica de la desviación de poder; y, el entendimiento de la causal de desviación de poder, como aquella que controla la orientación hacia el fin de la facultad discrecional (*lo que resulta ser un control de forma y no de fondo como hemos señalado*)

Así mismo se advierte en las sentencias referidas, pero en otras más<sup>263</sup>, la asimilación de la técnica de *desviación de poder* como causal procedente en el control de la actuación discrecional, dado al reconocimiento de la discrecionalidad como presunción de hecho.

---

<sup>263</sup> Véase especialmente expediente 76001-23-31-000-2002-03579-01(0205-08) 18 de febrero de 2010. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo. Sección segunda subsección A. CP. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Se estudia en esta ocasión por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo recurso de apelación (acción nulidad y restablecimiento del derecho) en la cual el actor solicita se declare nulo el acto administrativo por el cual la dirección general de la policía lo retira del servicio cuando se le venía adelantando un proceso disciplinario. Se discute aquí el alcance de la discrecionalidad en relación con la potestad disciplinaria- "*En reiteradas ocasiones, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido las diferencias entre el ámbito que comprende la facultad discrecional y el que regula la potestad disciplinaria y en este sentido, se advierte que mediante la primera, la administración cuenta con la libertad de escoger en virtud del atributo de la conveniencia, lo mejor para el servicio, atendiendo que cuando una decisión de carácter general o particular sea de esta naturaleza, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, conforme a las preceptivas que señala el artículo 36 del C.C.A. (...) A su turno, ha expresado, que la potestad disciplinaria tiene por finalidad sancionar las actuaciones de los funcionarios que conlleven el incumplimiento de los deberes, el abuso o extralimitación de los derechos y funciones y la incursión en prohibiciones; por ende, la falta disciplinaria se enmarca en la preservación de reglas de conducta que debe seguir el servidor público y que guardan relación con los principios que guían la función administrativa. Siendo así, la finalidad de la investigación disciplinaria, reside en la protección de la función pública y busca sancionar el menoscabo de los bienes jurídicos tutelados por las actuaciones irregulares de sus funcionarios que se realicen a título de dolo o culpa; es decir, es de la esencia de la falta disciplinaria, que el comportamiento irregular del funcionario que se le atribuye subjetivamente se encuentre debidamente probado, bien por causa correlativa de la omisión del deber que le correspondía o por la extralimitación en el ejercicio de sus funciones"*. También: Expediente 11001-03-25-000-2006-00090-00(1478-06) 14 de mayo de 2009 Consejo de estado



Por otro lado, respecto de los conceptos jurídicos indeterminados , en sentencia (referencia AC-085) del año 1992, la sala plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, al estudiar tutela instaurada por el señor Javier Velásquez en contra del tribunal superior de Antioquia, que se negó a reelegirlo como juez segundo agrario del circuito judicial de Antioquia con el fundamento de “reserva moral”, y en la cual confirma la sentencia que denegó las pretensiones del tutelante, había dicho particularmente en el salvamento de voto que propusieron varios consejeros de estado que acogieron la tesis de la primera ponencia desestimada, lo siguiente:

“ Por esa razón el Decreto No. 1888 de 1989 en el literal h. del artículo tercero, consagró

“No podrán ser designados ni desempeñar cargo o empleo en la rama jurisdiccional:

“h) Las personas respecto de las cuales exista la convicción moral de que no se observan una vida pública o privada compatible con la dignidad del empleo”.

Y el Acuerdo No. 11 del 19 de septiembre de 1990, expedido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia reglamentó en el artículo 2o.:

"Recibida por el nominador la lista de elegibles, procederá a la elección o designación conforme a ella, salvo que en relación con alguno o algunos de los candidatos exista la convicción moral de que, no observan una vida pública o privada compatible con la dignidad del cargo, conforme a la ley" (Sublíneas de la Sala).

Estos conceptos jurídicos indeterminados, vagos o difusos que integran las precitadas disposiciones, deben ser calificados por el nominador, en este caso, el Tribunal Superior

---

sala de lo contencioso administrativo sección segunda. CP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. En esta sentencia se estudia la nulidad contra el art. 1 del decreto 1601 de 2005 expedido por el Presidente de la República *“por el cual se establece la evaluación de competencias gerenciales para la provisión de empleos de libre nombramiento y remoción”*

se refiere en esta sentencia al concepto de *“discrecionalidad de elección”* que *“consiste, bajo un supuesto de hecho, en que la Administración opta por actuar y la norma prevé como posibles varias consecuencias jurídicas, alternativamente, o no predetermina ninguna, defiriendo dicha tarea a quien ejerce la facultad”* . Expediente 5123 de fecha 18 noviembre de 1999 Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo. sección primera. CP. OLGA INES NAVARRETE BARRERO. En esta oportunidad el consejo de estado expreso sobre la relación entre el gobierno y los extranjeros en el otorgamiento de visas (se declare la nulidad de los artículos 1o, 148 y 149 del Decreto 2371 de diciembre 27 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional), la existencia del *principio de discrecionalidad*- (se adopta una concepción formal)- *“Entre unas y otras, la doctrina ha precisado que su principal diferenciación radica en que respecto de las facultades regladas presupone la existencia de una indicación de las formas para actuar, que se traduce en lo que el órgano competente debe hacer en cada caso; entretanto, se habla de discrecionalidad, cuando el orden jurídico le otorga cierta libertad a la administración para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o para hacerla de una u otra manera.”*

del Distrito Judicial de Antioquia; y cuando lo hace de manera negativa (es decir aplicando la "reserva moral"), toca la esfera de los derechos fundamentales del candidato, razón para que —dicha calificación— esté sujeta a procedimientos estrictamente reglados; sobre esta materia el profesor EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA enseña lo siguiente:

"Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea. Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado discrecional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales" ("La Lucha contra las Inmunidades del Poder" págs, 36 a 38).

Con este criterio, el Decreto Ley 01 de 1984, en el artículo 35, impone que las decisiones que afecten a los particulares deben estar motivadas, al menos sumariamente; dicha motivación es la "fundamentación fáctica y jurídica con que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y este el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad" (Agustín Gordillo —"Principios Fundamentales del Derecho Administrativo" — "El Derecho Administrativo en Latinoamérica II" págs. 22).

Se trata, pues, de un requisito que garantiza los derechos de la persona afectada y le abre los caminos para su defensa.

En este caso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia en el acta No. 004 de 1992 decidió retirar la candidatura del Doctor JAVIER DARIO VELASQUEZ JARAMILLO para ocupar el cargo de Juez Segundo Agrario del Circuito de Antioquia, previa aprobación mayoritaria de la "reserva moral" (fl. 1); esta decisión carece de toda motivación, conducta omisiva que constituye un ejercicio discrecional (y por lo tanto indebido) de una competencia reglada, afectando —de modo arbitrario— los derechos fundamentales de la persona de VELASQUEZ JARAMILLO; este es el acto —no la posterior elección de persona distinta para ocupar dicho cargo— que afecta, sin duda alguna, su honra y su buen nombre; así lo entendió el recurrente desde el momento en que interpuso la acción de tutela, y, sobre todo, en el escrito de impugnación.

En efecto, teniendo en cuenta que un virus corrosivo ha penetrado en todas las esferas de la administración del Estado, amenazando su disolución, será muy difícil que el exjuez recupere su honra o, al menos, logre explicar su conducta ante sus parientes, sus amigos, sus vecinos y la sociedad frente a la cual desempeñó la judicatura, máxime cuando nadie le ha dicho cuáles son los motivos, acciones u omisiones, que condujeron a tachar su moral y a considerarlo incurso en el impedimento legal para ocupar un cargo en la administración de justicia.

Esta circunstancia final dejó al accionante indefenso, sin reclamación posible, por cuanto nunca supo las razones que determinaron la adopción del acto censurado, el cual se repite, constituye una afrenta para su honra y su buen nombre. El Tribunal debió motivar su decisión para cumplir con el brocárdico según cual "óptima lex, quae mínimum relinquit arbitrio iudicis; optimus iudex, qui mínimum sibi".

La mejor ley es la que reduce al mínimo el arbitrio judicial; y el mejor juez, el que reduce al mínimo el suyo (Bacon, aforismos VIII y XLVI)<sup>264</sup>.

Puede observarse claramente la condición de potestad reglada (propio de la doctrina de la divergencia) del concepto jurídico indeterminado que se referencia en el salvamento de voto de la sentencia referida, que de haber sido acogida la primera ponencia (presentada por el consejero de Estado Juan de Dios Montes Hernández<sup>265</sup>), se hubiese reconocido que ante este concepto (reserva moral) debería el tribunal haber actuado reglamentamente, debiendo por mandato del artículo 35 CCA inc. 1 (decreto 01 de 1984) motivar la decisión, en el entendido que el concepto jurídico indeterminado no invita a potestad discrecional (art.36) sino a la antagónica potestad reglada, pero esta tesis divergente no fue asumida por la mayoría de los miembros de la sala plena.

En el año 2000 al conocer de la pretensión de nulidad sobre el artículo 4 y 7 del decreto reglamentario 287 de 1996 de la ley 80 de 1993, la cual se soportaba en el hecho de que el presidente había extralimitado la potestad reglamentaria (art. 189.-10 CN), al permitir en el decreto reglamentario a la administración aumentar el "plazo razonable", señaló en cuanto a esta expresión contenida en el artículo 30 de la ley 80 de 1993, y reglamentada por el artículo 4 del decreto 287 de 1996<sup>266</sup>, primeramente, que el término "plazo razonable" no fue definido previamente por el legislador, que su fijación estaba condicionada a la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, y que estaba delimitado en forma indeterminada, de ese manera, entendió que cuando la ley no contenía todos los conceptos normativos para su ejecución o los fijados resultan jurídicamente indeterminados, era jurídicamente viable la existencia de la potestad reglamentaria y que esta no se extralimitaba, a gracia de la indeterminación del concepto. Segundo, de acuerdo a ello, el máximo tribunal entendió que "plazo razonable" era un concepto jurídico indeterminado, citando textualmente las enseñanzas del maestro Eduardo García de

---

<sup>264</sup> salvamento de voto de JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ, DANIEL SUAREZ HERNANDEZ, al que se adhirieron los doctores LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA, MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ. Expediente AC-085. de fecha 21 de mayo de 1992. Consejo de Estado Sala plena de lo contencioso administrativo. CP. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

<sup>265</sup> Que hace alusión expresa a la tesis sostenida por Eduardo García de Enterría en su obra "la lucha contra las inmunidades del poder" tratada en este escrito, ubicada en la doctrina de la divergencia.

<sup>266</sup> Que señalaba que *"Cuando la entidad estatal establezca que el plazo del numeral 7º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, previsto originalmente en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no garantice el deber de selección objetiva, podrá modificarlo, determinando un nuevo plazo que no podrá exceder del término inicialmente definido"*. La demanda de nulidad del art. 4, particularmente, se sustenta en el hecho de que se desbordo la potestad reglamentaria del presidente, en cuanto, que el artículo 30 de la ley 80 de 1993 solo establecía la fijación del plazo total que es el "plazo más razonable", lo que no permitía al gobierno reglamentar este asunto, tal como se hizo en el art. 4

Enterría en cuanto a este tipo de conceptos (descontextualiza la doctrina del maestro español)<sup>267</sup>, y entiende que estos conceptos como es el caso de (plazo razonable) al no “*demarcar el ámbito de realidad al que se refiere el legislador de una manera precisa e inequívoca*” se permite que el presidente pueda ejercer la potestad reglamentaria<sup>268</sup>.

En esta sentencia aunque expresamente -pero de modo fraccionado- se toma la doctrina del maestro Enterría, en cuanto que infiere al criterio sustancial (concepción)<sup>269</sup>, dejando de lado la

---

<sup>267</sup> En la medida que se adapta las enseñanzas del maestro Enterría en cuanto los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de control de fondo de la discrecionalidad, o como algo diferente a ella, sino, que se toman como elementos difusos dentro de las leyes, que pueden ser reglamentados por el gobierno nacional por medio de la potestad reglamentaria. Considero que se presenta la descontextualización, pues, puede notarse como no se acude a la doctrina en su totalidad, que invita a reflexionar sobre la concreción del concepto jurídico indeterminado en cada caso en concreto. Por el contrario, la parcialización que hace el consejo de estado de esta teoría del profesor Enterría aunque si bien es cierto logra conceder la legalidad a la actuación reglamentaria adelantada por el Gobierno nacional ante la ley 80 de 1993, por otro lado, nos da razón (implícitamente), de lo que hemos sostenido hasta aquí, es decir, en cuanto la existencia del carácter volitivo de la administración ante la concreción del concepto jurídico indeterminado que posee como característica vital el espectro de representación.

<sup>268</sup> Véase expediente 12038 Y 14092 de fecha 01 de junio de 2000. Consejo de estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. CP. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. (acción pública de nulidad). Señaló: “*De lo expuesto deduce la Sala que, en consideración a la naturaleza del concepto jurídico indeterminado contenido en la norma reglamentada (num. 7 art. 30 ley 80 de 1993), la Administración sí estaba facultada legalmente para desarrollarla, para hacer efectivo su propio texto “plazo razonable” en concordancia con la norma constitucional atinente a la potestad reglamentaria, cuando alude a que al Presidente de la República le corresponde ejercerla “mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes” (num 11 art. 189). No tiene duda lo anterior por cuanto el decreto reglamentario tuvo en cuenta el espíritu de la norma reglamentada cuando aludió al plazo razonable, es decir “justo, conforme a la razón”, referido a cuando por la realidad de los hechos sobrevinientes (cuantitativos y cualitativos explicados) el inicialmente pactado era insuficiente.*”

<sup>269</sup> En expediente 25000-23-27-000-2000-00868-01(13303) de fecha 18 de septiembre de 2003. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Cuarta. CP JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE. Dte. YANBAL. Ddo. DIAN. Se da otro ejemplo de la utilización de la característica de ambigüedad y amplitud del concepto jurídico indeterminado pero no como técnica de control de la discrecional. Refirió por la corporación frente al concepto “conducta asumida por las partes”, lo siguiente: “*Núcleo central de la norma es que exige al juez una valoración y ponderación, pues la facultad de condenar en costas a la parte vencida en el proceso, deberá ejercerse teniendo en cuenta “la conducta asumida por las partes”, imperativo que se traduce en que no basta que se haya vencido a la parte sino que se hace necesario analizar la conducta asumida por aquélla. (...) Y en tal sentido, como lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de esta Corporación, “la dificultad surge al determinar los criterios que debe tener en cuenta el juez para decidir cuando la conducta de la parte justifica la condena en costas. La norma remite así a lo que la doctrina ha denominado “cláusulas abiertas” o “conceptos jurídicos indeterminados”, los cuales no dan vía libre a la arbitrariedad del operador jurídico sino a una aplicación razonable de la norma con un mayor margen de apreciación. En el caso concreto, la cláusula abierta que contiene el artículo 55 de la ley 446 de 1998 no faculta al juez para decidir a su arbitrio sobre la existencia material de la conducta procesal, sino para resolver en frente de una actuación claramente verificable, cuándo ella amerita la condena al reembolso de los gastos hechos por la parte favorecida con el juicio, incidente o recurso, en consideración a los fines de esa facultad discrecional. La Sala considera que el juicio que en este caso debe hacerse implica un reproche frente a la parte vencida, pues sólo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá*”

concepción funcional del concepto jurídico indeterminado (técnica de control), la decisión de la corporación toma otro rumbo teórico, en el momento que establece que el concepto jurídico indeterminado es una norma de textura abierta, que puede a posteriori, como acontece con la potestad reglamentaria del presidente, ser concretada o reglamentada, que según entiende la corporación, es lo que efectivamente ocurre en el caso bajo examen, siendo esta la razón principal para declarar infundadas las pretensiones de la demanda.

Es claro en la decisión judicial tomada que se reconoció al concepto jurídico indeterminado una naturaleza ambigua y de norma de textura abierta, lo que resulta de importancia, para el objetivo que este escrito persigue, en cuanto que implícitamente reconoce la posibilidad que ante este tipo de conceptos la administración actúe volitivamente, pues así pareciera entender cuando señala que la fijación del plazo razonable depende de cada entidad y frente a cada caso en concreto; -entendemos- que en esa premisa es admisible reconocer la existencia del espectro de representación, característica de convergencia del concepto con la discrecionalidad. Pero lo que nos resulta ambivalente es que refiriendo la doctrina del profesor Enterría se toma una decisión contraria a sus enseñanzas, -presentándose- esto por el hecho de omitir el estudio del concepto desde la *concepción funcional*.

En otras ocasiones el CONSEJO DE ESTADO pareciera no solo, no tratar desde la funcionalidad a la doctrina del concepto jurídico indeterminado (técnica de control de la discrecionalidad), sino que pareciera asimilar y confundir estos, con aquella, como ejemplo de ello, puede citarse la sentencia con número de radicación 1185-07 de fecha 21 de agosto de 2008, con ponencia del doctor Eduardo Gómez Aranguren, en la cual se estudia la solicitud de declaratoria de nulidad parcial de los numerales 5.1 y 5.2. del artículo 2° del Acuerdo No. 1899 de 2 de julio de 2003, *“Por medio del*

---

*lugar a la condena respectiva.”(Sección Tercera, Sentencia del 18 de febrero de 1999, expediente No10.775). (...) Ahora bien, para la deducción de la condena, no es suficiente la observancia de las previsiones contenidas en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, puesto que la disposición indica que está se hará “en los términos del Código de Procedimiento Civil”, esto es, remite a las reglas en él establecidas para la condena como lo son las señaladas en el artículo 392. (...) El Tribunal no tuvo en cuenta la disposición especial del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo y por ello al sustentar la decisión – solo en el artículo 392 del C.P.C.- no hizo ninguna valoración ni expresó cómo apreció “la conducta asumida” por la parte demandada, con lo cual no se refirió a la motivación exigida por la norma y cuyo análisis es el que puede conducir a la referida condena”* Puede notarse como en este breve señalamiento se exige la motivación en este tipo conceptos y se advierte como estos “no dan vía libre al operador jurídico”, lo que podríamos apreciar como un punto divergente con la discrecionalidad. También salvamento de voto del consejero de estado doctor Enrique Gil Botero quien se refiere (conceptual y no funcionalmente) en cuanto al concepto jurídico indeterminado (moralidad pública) expediente 70001-23-31-000-2003-00618-01(AP) de fecha 18 de junio de 2008. Consejo de estado. sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. CP. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Véase como referente de la adopción de la doctrina de la divergencia en la jurisprudencia del consejo de estado expediente 25000-23-26-000-2002-01216-01(27921)A, del 16 de marzo de 2005. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección Tercera. CP. RUTH STELLA CORREA PALACIO. Actor. EPTISA PROYECTOS INTERNACIONALES S.A. Y OTROS Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIAS-INVIAS (ver citación al pie de página 254 de esta obra) en esta sentencia se refiere la corporación al concepto jurídico indeterminado desde su concepción funcional (técnica de control de la discrecionalidad) aunque solo se refiera como *obiter-dicta* la divergencia.

cual se convoca al XIV Concurso de Méritos para la provisión de cargos de empleados de carrera de las Corporaciones Nacionales de la Rama Judicial”, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que según y de acuerdo a los fundamentos jurídicos del actor, se vulnera el derecho a la igualdad<sup>270</sup>. En esa ocasión dijo el máximo tribunal-

“De igual manera, observa la Sala, que si bien es cierto, existe la normativa Constitucional y legal que habilita el ejercicio de la facultad reglada del demandado, para la fijación al interior de la carrera judicial, de las etapas, los puntajes, la conformación del Registro de Elegibles y los contenidos, condiciones y modalidades del Curso de Formación Judicial; no lo es menos, que los vacíos que dichas normas presentan en relación con los cupos disponibles para quienes serán citados a la realización del Curso Concurso, deben ser suplidos con decisiones objetivas, justas y proporcionales, porque su fijación debe corresponder a actuaciones que no pertenezcan al ámbito de la subjetividad y de la discrecionalidad, en tanto que son parte de la legalidad.

Se tiene entonces, que el concepto jurídico indeterminado que se deriva del artículo 36 Código Contencioso Administrativo y que surge en zonas de penumbra normativa; debe ser justo y correcto, conforme al espíritu, propósito y razón de la norma, por manera, que la solución jurídica posible en este caso, en el que se debe fijar el número de concursantes que pueden acceder al Curso de Formación Judicial, no debe obedecer a razones subjetivas, sino por el contrario a criterios y parámetros dotados de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad que soporten el porcentaje establecido, en tanto, que ese número de cupos que fue fijado, posiblemente no resulta ser suficiente o puede exceder las vacantes que existan o que lleguen a presentarse, desatendiendo así las posibilidades reales de provisión de cargos durante la vigencia del Registro de Elegibles; posibilidades que deben obedecer al **principio de igualdad de oportunidades**”.

De esta sentencia se extracta, primeramente, la similitud -que en ocasiones toma en las sentencias del consejo de estado- la arbitrariedad con la discrecionalidad,<sup>271</sup> pues se infiere de la providencia que una decisión objetiva, justa y proporcional, acorde a derecho, no es ni una decisión subjetiva ni discrecional, o lo que es lo mismo, con esto pareciera dar a entender que una decisión discrecional no puede ser ni objetiva, ni justa, ni proporcional ni mucho menos acorde a derecho.

---

<sup>270</sup> Sostendría la parte demandada la prevalencia de la legalidad de la resolución, siendo estos sus fundamentos : *“el artículo 162 de la Ley 270 de 1996, le otorga discrecionalmente a su Sala Administrativa, la facultad para reglamentar la forma, la clase, los contenidos, los alcances y demás aspectos de cada una de las etapas. Esa facultad Reglamentaria, deviene de la voluntad del Constituyente de 1991, quien concibió al Consejo Superior de la Judicatura, como una Institución que con agilidad y prontitud ordenara, administrara y reglamentara el talento humano y los recursos físicos para obtener Justicia oportuna y eficaz, sin tener que acudir al Congreso de la República; cometidos para los cuales se le otorgaron facultades que van desde la planificación y elaboración del plan sectorial de desarrollo, la estructuración de la carrera judicial, entre otros, hasta las relacionadas con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos, tal como lo ordena el numeral 3° del artículo 257 de la Carta Política. Además, el artículo 161 de la Ley 270 de 1996, lo facultó para fijar los requisitos sobre experiencia, capacitación y especialidad para el acceso y ejercicio de cada cargo en particular, de acuerdo con la clasificación que establezca y las necesidades del servicio”*

<sup>271</sup> Asunto que refiere expresamente en su obra el profesor Hugo Alberto Marín Hernández. Ob. Pre. Cit. Pág. 654

En segundo término, de igual relevancia – o mayor aún- resulta las consideraciones que se expresan, pues, se da a entender erradamente: por un lado que la doctrina del concepto jurídico indeterminado proviene del artículo 36 del anterior código contencioso administrativo (hoy, art. 44 ley 1437 de 2011), o que está contenido en esa disposición jurídica trasladada textualmente en la ley 1437 de 2011; lo que no es admisible, más, cuanto hemos referido que desde la doctrina de la divergencia, la discrecionalidad es algo contrario al concepto jurídico indeterminado, aquella por encerrar cláusulas volitivas en la administración reducidas (pareciera entenderse por los hechos y fines art. 36), en cambio éste por encerrar cláusulas cognitivas, que conducen a asimilarse en su aplicación a potestades regladas; por otro lado, que el concepto jurídico indeterminado surge en zonas de penumbra normativa, lo cual no es posible, pues como vimos tanto en la doctrina de la divergencia como en la convergencia esto es insostenible en la teoría como en la práctica, en la medida que pareciera confundirse ambas instituciones, además de la zona de penumbra o halo del concepto con la existencia propia del concepto indeterminado.

Y es que precisamente, puede denotarse en las sentencias tanto del Consejo de Estado el señalamiento de la institución de los conceptos jurídicos indeterminados, desde su sustancialidad, es decir como norma de textura abierta, vaga, ambigua, indeterminada<sup>272</sup>, pero no desde la concepción funcional, como técnica de control de fondo de la discrecionalidad, del manejo en la óptica de la (sustancialidad) del concepto se han representado en ocasiones- como vimos- en espacios de libertad bien para el ejercicio de la potestad reglamentaria del presidente, o bien en las entidades territoriales para la fijación del “plazo razonable”, etc.

Puede decirse a suerte de no estar equivocados en este juicio, que el consejo de Estado ha asumido frente al tratamiento del concepto jurídico indeterminado un sentido de su sustancialidad, que ha conllevado en ocasiones a la convergencia de ambas instituciones que llamamos en este escrito efecto *similitud-acercamiento*, y también en ocasiones a su confusión teórica; pero que es evidente que no se ha visto dentro de la corporación su tratamiento *funcional* que propone la doctrina de Enterría, a suerte que se lograra producir un avance en la teoría

---

<sup>272</sup> Concepción que lleva a la simple conclusión de permitir a la administración un actuar discrecional, lo que se entendería implícitamente la asimilación de la doctrina de convergencia, en un sentido más débil del tratado en este escrito, esto, en cuanto que si bien se aproximan ambas instituciones, o mejor se confunden por no diferenciarse, al no tratarse la naturaleza (funcional) del concepto jurídico indeterminado ante la discrecionalidad, no se diluye en las sentencias la divergencia creada por el maestro Enterría. El profesor Hugo Alberto Marín Hernández quien hace un estudio dedicado e interesante del tratamiento de las instituciones por la corte constitucional y el consejo de estado afirma en cuanto a este último – “Coincidiendo con la época durante la cual se llevaban a cabo las correcciones y pruebas del presente trabajo, la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió un fallo en el cual se prohíja la postura defendida en esta obra en el sentido de aproximar las nociones de concepto jurídico indeterminado y de discrecionalidad administrativa, para señalar que la aplicación de aquéllos también pueden dar lugar a la configuración de éstas.- Ello ocurre en casos como el decidido por la Sala en esa ocasión, en el cual las facultades que atribuye el ordenamiento a la Administración para adoptar determinada decisión- la configuración de los términos de referencia para un concurso de méritos, en el supuesto específico aludido- se configura recurriendo a nociones vagas o imprecisas, mismas cuya concreción se entiende que da lugar al ejercicio de facultades discrecionales” el autor se refiere a la sentencia: Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. C.P.: ALIER HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, rad. II001-03-26-000-2000-0020-01, exp. 18059

divergente o convergente, que tanto la una como la otra, es una invitación abierta a desarrollar el efecto del concepto jurídico indeterminado en la potestad discrecional en sede del derecho administrativo, aquella, sosteniendo la diferencia absoluta entre las instituciones, apoyándose en el *tertium non datur*, el juicio disyuntivo y el principio de única respuesta correcta, y ésta, en la que hemos situado nuestro estudio, que sostiene la convergencia en el hecho que si bien se rechaza la divergencia, ambas instituciones se asimilan en admitir un acto volitivo a la administración, particularmente expuesto en la libertad de elección de motivo, y en la libertad de arrastre al espectro de representación

El profesor Colombiano DIEGO LOPEZ MEDINA señala en su obra “Teoría Impura del Derecho”, que existe un tipo de literatura, ideas y argumentos *iusteóricos* que cruzan las fronteras nacionales, al que se le da el título de teoría transnacional del derecho (TTD), que se produce *comúnmente* en un lugar caracterizado *abstractamente* como *sitio de producción*, entendido como “un *medio especial en donde se producen discusiones iusteóricas con altos niveles de influencia transnacional sobre la naturaleza y las políticas del derecho*”<sup>273</sup>, como *contracara* de estos sitios de producción, se cuenta los *sitios de recepción*, hermenéuticamente pobres, en los que opera un acto de trasplante<sup>274</sup> o uso de ideas de jurisdicciones prestigiosas, creándose en estos países una *teoría*

---

<sup>273</sup> LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Ed. Legis. Bogotá- Colombia. 2004. Pág.16 Para el autor “Los *sitios de producción* están usualmente afincados en los círculos intelectuales e instituciones académicas de Estados- nación centrales y prestigiosos. por consiguiente, los países centrales generan los productos más difundidos de TTD, productos que con el tiempo circulan por la periferia, para finalmente, venir a constituir globalmente el canon normalizado del campo” (...) “Cuidadosamente examinadas, es patente que las *iusteorías* formadas en sitios de producción son también el producto de circunstancias políticas y sociales muy concretas. Sin embargo, su *transplantabilidad global* y su valor “general” y “objetivo” depende del hecho crucial de oscurecer o minimizar los contextos específicos en que dichas *iusteóricas* se forjaron. Una posible razón que justifica la minimización de la contextualidad en que la *iusteoría* nace en los sitios de producción parece ser que en tales localidades los lectores de *iusteoría* leen o decodifican los textos en ambientes hermenéuticos ricos: en estos ambientes el lector posee acceso extratextual a un rico bagaje de información que comparte con el autor del argumento *iusteórico* aparentemente abstracto. Esta información extratextual, que completa la información tan sólo sugerida en los textos, se comparte entre autor y lector a partir de una experiencia social y jurídica, expresada particularmente en una comprensión común de la educación jurídica y de las prácticas, fuentes, instituciones, tradiciones y desafíos del derecho dentro de un mismo sistema jurídico. Este conocimiento presupuesto entre autor y lectores en sitios de producción permite un doble proceso: los argumentos *iusteóricos* presuponen un contexto material (problemas o preocupaciones sociales, doctrinarios, económicos específicos que influyen en el autor), pero en la medida en que ese contexto se supone culturalmente alcanzable por el lector en el sitio de producción a partir de algunas pocas trazas escriturales específicas se termina por suponer que el lector terminará haciendo una lectura correcta, o por lo menos normalizada de la *iusteoría* que se le ofrece” Pág. 17

<sup>274</sup> Ibíd. Pág. 18 Dice el autor- “la actividad de *transplantar, leer y usar literatura académica en el mundo periférico o semiperiférico* ha llamado la atención reciente en las ciencias sociales. El viejo modelo que anticipaban que la teoría de las disciplinas sociales era una, objetiva y universal ha empezado a ceder frente a la idea, contrapuesta, de que no existe un solo canon teórico en todos los lugares. Las ideas sufren cambios en el viaje y esos cambios son fundamentales para explicar la diversidad en la fundamentación de las creencias y prácticas de distintos actores sociales. Frente al modelo que predice la convergencia y homogeneidad del corpus universal de teoría (en filosofía, en sociología, en derecho), se abre paso una actitud que subraya las divergencias mutantes de teoría particulares nacionales o regionales sí impactan la construcción académica de discursos en formas que el antiguo universalismo no podría aceptar ni prever”



*jurídica local*. Estos sitios constituyen un escenario propicio para ver la distancia y lo que ocurre entre el productor y el receptor de la teoría, de una originalidad, influencia se puede pasar a una copia, o en algunos eventos a una transmutación en la teoría del derecho<sup>275</sup>, frente a esto último, acudiendo a las ideas de *mala lectura*, *lectura tergiversada* o simplemente *transmutación*<sup>276</sup> del crítico literario Harold Bloom, el profesor López Medina, menciona que la lectura transformadora que se da en sitios de recepción, más que entenderse errores que requieran corrección “*mediante ajustamiento a la lectura estandarizada que se hace en otros sitios*”<sup>277</sup>, por el contrario estas lecturas impulsan prácticas jurídicas locales, fundamentos de decisiones judiciales y en sí ideas que permean la profesión legal que se reconoce como *teoría pop*.<sup>278</sup>

Realizar un estudio de la forma como ha operado la *lectura transformadora* del Consejo de Estado frente a la divergencia de la discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado, en la teoría transnacional del derecho (TTD) del profesor Enterría, es un objetivo que trasciende la particular expectativa que tengo en este escrito, que tan solo pretende concebir en un ambiente de teoría general *convergente* el encuentro de la discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado, desde el desarrollo de la concepción *funcional* de estos.

Solo nos parece procedente de acuerdo a las lecturas y análisis de las sentencias aquí citadas, indicar, que si bien al concepto jurídico indeterminado se le ha asimilado con una libertad de decisión, reglamentación, juicio, actuación, etc., es primero, porque como institución jurídica no es exclusiva del derecho administrativo, sino en general del ordenamiento jurídico, de modo, que se pueden presentar – y de hecho ocurre a menudo – en el derecho constitucional, penal, disciplinario, civil, tributario, etc. Esto es evidente al tenor de la lectura de las providencias

---

<sup>275</sup> Ibíd. Pág. 23

<sup>276</sup> Ibíd. Pág. 31, 32 – Dice el autor al respecto: “Aunque Kunz pretende presentar la naturaleza mimética de la iusfilosofía como una fortaleza en medio de la división geopolítica entre bloques ideológicos, es ampliamente aceptado en los imaginarios corrientes que la iusfilosofía latinoamericana es una reproducción roma y carente de brillo de sus contraparte del norte. La recepción y mimetismo, contrario a lo que opina Kunz y otros pensadores ideológicamente motivados, es una desventaja notable en la ejecución de las tareas científicas de la iusfilosofía. Más aún: la iusfilosofía local carece totalmente de interés debido a que, además de copiar, raramente se aventura de ir más allá de las lecturas parciales y tergiversadas de autores que son mejor comprendidos en ambientes hermenéuticos ricos. Los trasplantes teóricos de otras partes, por consiguiente, reemplazan la producción de una iusfilosofía local que realice las tareas descriptivas, prescriptivas y predictiva de la teoría. Adicionalmente, las importaciones o trasplantes jurisprudenciales son escasos, azarosos, episódicos y fragmentarios: la difícil empresa hermenéutica de entender el corpus iusfilosófico de una tradición o de un autor es reemplazada por una recepción al detal de libros y argumentos aislados, generalmente extraídos de sus contextos materiales e intratextuales. Estas porciones de información son leídas, además, sin el beneficio de compartir con el autor los prejuicios que permiten la lectura estandarizada de sus argumentos. Los iusfilosóficos que trabajan desde tradiciones académicas poco prestigiosas y periféricas usualmente no participan, si es que lo hacen, en la transmisión y reproducción locales de nuevas doctrinas e ideas de pretensiones más universales. En este modelo de dependencias y subordinación teórica, los actores locales son despojados de agencia en la producción válida de saber iusteórico. Las jurisprudencias locales parecen estar condenadas al constante vaivén de modas intelectuales que no se relacionan completamente con las circunstancias y contextos político-jurídicos concretos que se suponen tienen el deber de teorizar y explicar”

<sup>277</sup> Ibíd. Pág. 34

<sup>278</sup> Ibíd. Pág. 25 La idea es tomada por el autor de JOSEPH KUNZ.

anotadas, en las cuales se traslada la naturaleza indeterminada del concepto y se le entiende como norma de textura abierta, dentro de la cual es lógico y necesario reconocer un margen amplio de decisión y reglamentación, con lo cual no estamos en desacuerdo. Segundo, éste juicio particularmente en sede del derecho administrativo y al amparo de la lectura de la doctrina de la divergencia (que en este escrito hemos referenciado al maestro Enterría como expositor), refleja que no se ha tomado posición al respecto de concepción *funcional* del concepto jurídico indeterminado, y que nada se ha dicho del efecto *relativizante (sustitutivo)* de estos sobre la actuación discrecional,<sup>279</sup> que nos permitiera asimilar una posición convergente de ambas instituciones, admitiendo el desmonte del *tertium non natur*, el *juicio disyuntivo*, y en particular la condición de técnica de control de fondo de la discrecionalidad.

Este aspecto es el que encajamos en el escenario teórico de “lectura transformadora” descrita por el profesor López Medina, particularmente creo, que al no tomarse una posición teórica que asuma todo el enfoque de la doctrina de Enterría, y tan solo se transcriban apartes de su obra, se desorienta la línea del debate iusteórico sin que pueda considerarse las decisiones del Consejo de Estado como un avance *teórico* en cuanto al efecto del concepto jurídico indeterminado en sede del derecho administrativo, teniéndose como secuela una práctica jurídica, que si bien sale adelante en cada caso en concreto, entendiendo por adelante que no deja de resolverse los problemas jurídicos que se suscitan en cada asunto que conoce la jurisdicción, es pobre, débil y creo que insignificante para el progreso de la teoría transnacional del derecho. En conclusión, tendríamos pronunciamientos que en últimas deciden de fondo, pero que producen una “teoría pop” fatalmente fragmentada.

Habría una sentencia que merece especial referencia, se trata del expediente 13503 de fecha 31 de octubre de 2007, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, con ponencia del doctor Mauricio Fajardo Gómez, en la que se estudia en única instancia la nulidad de la resolución 4611 y 6400 de 1996 emanadas por la secretaria de minas y energía de la gobernación de Antioquia, por la cual se rechaza la solicitud de licencia de explotador de hecho de pequeña minería a la sociedad Minera Peláez Hermandos & Cía. en C. S.

Uno de los argumentos que considera para solicitar la nulidad de las resoluciones, se sustenta en el hecho que la demandante, entiende que existió un desconocimiento de la potestad reglada establecida en el artículo 58 de la ley 141 de 1994<sup>280</sup>, pues en esta norma se establecía la

---

<sup>279</sup> Recuérdese que en este escrito se ha sostenido que la doctrina de la divergencia al concebir al concepto jurídico indeterminado como algo sustancialmente diferente a la discrecionalidad, ha entendido a este como técnica de control de *fondo* contra la zona de inmunidad jurisdiccional que representaba la discrecionalidad, y que a suerte de ello, en lo que desembocó este pensamiento, fue primeramente en crear una barrera imposible de convergencia entre ambas instituciones, que resultó en el campo de la *funcionalidad*, en la sustitución del ejercicio reglado de concreción del concepto por lo volitivo de la discrecionalidad, y no en el control de fondo deseado.

<sup>280</sup> Ley 141 de 1.998, “por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías, la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones” «Artículo 58. En los casos de explotaciones mineras de hecho de pequeña minería ocupadas en forma permanente hasta noviembre 30 de 1993, se confiere un término de seis (6) meses a partir de la vigencia de la presente Ley, para que con el sólo envío de la solicitud de licencia, permiso o contrato para la explotación de minas a la

obligación- según cree el actor- para la secretaria de minas de legalizar la explotación respectiva en un plazo no superior a un año, sustentando además que para tal fin se expidió el decreto 2636 de 1994, del cual se desprende la imposibilidad de alegar discrecionalidad alguna para la entidad administradora de recursos naturales no renovables. Por ello se incoara la causal de falsa motivación como consecuencia de la indebida interpretación o aplicación de la ley. Por su parte, la entidad demanda referirá que la decisión es tomada conforma al artículo 8 del decreto 2636 de 1994 argumentando que su decisión es acorde a derecho porque en la norma citada se establece que la licencia no debe otorgarse "*cuando a juicio de la entidad competente las explotaciones solicitadas ocasionen peligro, son inseguras y presenten peligro inminente para la vida de los mineros o cuando la autoridad ambiental no la autoriza*", de modo que se trata el otorgamiento de la licencia de una potestad discrecional y no reglada que informa la sociedad demandante.

Para el Consejo de Estado el problema jurídico se suscita a analizar la naturaleza jurídica de las facultades ejercidas para expedir los actos administrativos demandados con el fin de dilucidar si tratándose del otorgamiento de licencias de explotación minera de hecho de pequeña minería, solicitadas al amparo de la normatividad contenida en la Ley 141 de 1994 y demás normas aplicables, la Administración se encuentra en la obligación de conceder la licencia con la simple presentación de la petición respectiva por parte del interesado o si, en cambio, dispone la autoridad competente de un margen de apreciación respecto de las circunstancias del caso concreto para, en función de las mismas, establecer si resulta procedente, o no, otorgar la autorización deprecada. Señalando lo siguiente-

"La lectura de los preceptos recién referidos pone de presente, en criterio de la Sala, que a pesar del tenor literal del artículo 58 de la Ley 141 de 1.994 —en virtud del cual con la sola presentación de la solicitud de licencia la Administración "*queda en la obligación de legalizar dicha explotación en un plazo no mayor de un año*"—, el cual daría a entender que las facultades que el Ministro de Minas o su delegado —en el *sub lite* la Secretaría de Minas y Energía de la Gobernación de Antioquia— ejercen, en esta materia, son facultades administrativas regladas, la interpretación conjunta de dicho precepto con los artículos recién referidos del Decreto 2636 de 1994, que lo desarrollan, conducen a una conclusión diversa, esto es, que las mencionadas facultades son de naturaleza discrecional.

Ello se deriva, especialmente, de lo normado por los apartes subrayados del artículo 8 del Decreto en mención, en la medida en que el mismo defiere la legalización de la explotación minera, es decir, el otorgamiento de la licencia correspondiente, al "juicio de la entidad competente", juicio que, además, debe fundamentarse en los criterios que la misma disposición prevé y que se contienen en conceptos jurídicos indeterminados como "manifiestamente inseguras" o "peligro inminente". De manera que la norma en cuestión

---

autoridad competente conforme a las normas legales vigentes, ésta queda en la obligación de legalizar dicha explotación en un plazo no mayor de un año»

Decreto 2636 de 1994, "*por el cual se reglamenta el artículo 58 de la Ley 141 de 1994*":

Artículo 8. No habrá lugar a la legalización de explotaciones mineras que a juicio de la entidad competente sean consideradas manifiestamente inseguras, presenten peligro inminente para la vida de los mineros o cuando la autoridad ambiental no autorice la actividad, se hayan acumulado sobre áreas restringidas para la minería o de reserva especial o la autoridad ambiental no autorice la actividad, dadas las condiciones ambientales de la zona»

no sólo atribuye, de forma expresa, un margen de relativa libertad de valoración a la autoridad competente para establecer los criterios objetivos y razonables de decisión que, completando el supuesto de hecho del precepto, permiten decidir si se concede, o no y en qué condiciones, la licencia deprecada<sup>281</sup>, sino que, adicionalmente, incluye conceptos indeterminados cuya aplicación, según igualmente lo ha precisado la Sala, conlleva el ejercicio de facultades de naturaleza discrecional<sup>282</sup>.

Empero, la singularidad de las anotadas facultades consiste en que la formulación del aludido criterio de decisión debe basarse en un concepto de naturaleza técnica, que es el que debe surgir como resultado de la visita regulada por los artículos 3 y 4 del Decreto 2636 de 1994, con lo cual el asunto plantea la necesidad de razonar sobre la incidencia que las valoraciones técnicas en cuestión tienen en la manera de ejercer las preanotadas facultades discrecionales y en los condicionamientos o límites que el fundamento técnico de la decisión administrativa demandada podría implicar en relación con los alcances del correspondiente control judicial

En suma, se trata del terreno de la denominada “discrecionalidad técnica”, asunto del cual pasa a ocuparse la Sala a continuación.

#### 2.4.2. La discrecionalidad técnica y los alcances del control judicial de las decisiones administrativas basadas en criterios técnicos.

Además del incremento cuantitativo de los ámbitos en los cuales la Administración se ha visto precisada a desplegar su actividad, como consecuencia de la asunción de una considerable multiplicidad de responsabilidades en la gestión de los intereses generales por parte del Estado Social de Derecho, de forma paralela puede darse cuenta de una creciente tecnificación de las actuaciones que a los órganos administrativos concierne llevar a cabo en la actualidad. Por esa razón, las normas que regulan dichas actividades con frecuencia se ven precisadas a remitir a conceptos y reglas técnicas, dada la necesidad de recurrir a criterios de decisión y conocimientos propios de ámbitos científicos, artísticos o, en fin, del saber especializado. De lo anterior se deriva la necesidad de establecer hasta qué punto el fundamento técnico de la actividad administrativa incide en la naturaleza jurídica de la misma, así como en los alcances y límites de su control por parte de la autoridad judicial. Ello conduce a ocuparse de estudiar la noción que ha dado en denominarse “discrecionalidad técnica”.

Algunos autores ubican las primeras referencias al mencionado concepto en la doctrina alemana, en la cual, ya en el siglo XIX, Bernatzik sostenía que la dificultad de algunos casos impide al juez controlar la compleja cadena de razonamientos que debe llevar a cabo la Administración para precisar las cuestiones técnicas necesarias para resolverlo, pues lo que tendría lugar, de admitirse en tales eventos la fiscalización judicial, no sería realmente un control objetivo sino el otorgamiento de prevalencia a un nuevo punto de vista técnico:

---

<sup>281</sup> De acuerdo con la concepción que de la discrecionalidad administrativa la Sala formuló en la sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074.

<sup>282</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0020-01; Expediente número: 18059. (citación en la sentencia)

«si un Tribunale amministrativo potesse esaminare le decisioni tomadas por la Administración en esta materia, se producirá una “doble Administración” (*Doppelverwaltung*)»<sup>283</sup>.

Otros doctrinantes, no obstante, ubican las primeras referencias a la discrecionalidad técnica en **la doctrina italiana** de principios del siglo XX, fundamentalmente en las obras de Presutti y Cammeo<sup>284</sup>. Este último formula su concepción de dicha figura diferenciando, en el momento de la aplicación de criterios técnicos, entre cuestiones técnicas simples y cuestiones técnicas complejas. Las primeras serían aquellas que no dan lugar a dudas aplicativas y conducen a una sola solución del caso, de suerte que no permiten la existencia de discrecionalidad alguna, mientras que tratándose de las segundas, dada su complejidad o la interconexión entre los diversos problemas técnicos que involucran, no posibilitan mantener siempre la automaticidad y univocidad de la solución, lo cual deriva en la posibilidad de elegir, entre las diversas opciones técnicas posibles, la que parezca más adecuada. La consecuencia del reconocimiento de tales ámbitos de «discrecionalidad técnica» sería —para este autor— la imposibilidad de su impugnación en vía judicial, dada la inexistencia de tribunales técnicamente competentes para acometer el respectivo control<sup>285</sup>.

Sin embargo, años más tarde en el derecho italiano se produce una reacción totalmente contraria a la recién esbozada concepción de la «discrecionalidad técnica», a través de la postura asumida por autores como Giannini, quien afirma que, en realidad, la denominada «discrecionalidad técnica» no puede considerarse de ningún modo discrecionalidad, pues no implica ponderación de intereses ni juicio de oportunidad alguno, sino que se trata de una mera aplicación de reglas y normas técnicas que permiten encontrar una solución unívoca en tanto que científica<sup>286</sup>. La denominación «discrecionalidad técnica» es, entonces, para Giannini, un error histórico de la doctrina, pues a pesar de que se trata de un sintagma de uso casi generalizado, quien acude a él sabe que se trata de una noción totalmente distinta de la «auténtica» discrecionalidad administrativa, como quiera que ésta implica juicio y voluntad a la vez, mientras que aquella, por referirse a un conocimiento, implica tan sólo un juicio<sup>287</sup>.

Existen también elaboraciones teóricas que podrían ubicarse a medio camino entre las dos recién expuestas, como la de Marzuoli, autor en cuyo criterio las valoraciones técnicas deben incluirse en la categoría de los “hechos valorables u opinables” —“*fatti opinabili*”— habida cuenta que si bien tales valoraciones se realizan sobre la base de criterios con especial relieve cognoscitivo, referidos a un saber especializado, la obtención de

---

<sup>283</sup> BERNATZIK, E., *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Viena 1886, reimpresión Scientia Verlag Galen, 1964, p. 43, *apud* SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 231-232.

<sup>284</sup> Así lo hacen MARTÍN GONZÁLEZ, Manuel, *Sanidad pública: concepto y encuadramiento*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Gobernación, Madrid, 1970, pp. 747 y 752; TARDIO PATO, José Antonio, *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986, p. 152 y DESDENTADO DAROCA, Eva, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Civitas, Madrid, 1997, p. 28.

<sup>285</sup> Cfr. *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vallardi, Milano, 1913, *apud* TARDÍO PATO, José Antonio, *Control jurisdiccional de concursos...*, cit., pp. 152-153.

<sup>286</sup> Cfr. GIANNINI, Massimo Severo, *Lezione di Diritto Amministrativo*, Milán, 1950, p. 110.

<sup>287</sup> Cfr. GIANNINI, Massimo Severo, *Diritto Amministrativo*, volumen I, Milán, 1970, p. 488.

resultados provistos de absoluta certeza no siempre está al alcance de la técnica, con lo cual algunos juicios técnicos no podrán eliminar del todo la “opinabilidad” o la subjetividad, de suerte que las dudas técnicas remanentes habrán de ser disipadas con base en las valoraciones del operador jurídico. Empero, entiende Marzuoli que esa “opinabilidad” no supone, *per se*, la atribución a la Administración, en exclusiva, de la facultad de adoptar la decisión opinable, exenta de control judicial posterior, pues esa atribución solo tendría lugar en aquellos casos en los cuales concurren determinadas características, en la actuación del órgano administrativo, que lleven a entender que lo más conveniente sería dar por buena su apreciación —por aparecer más apto que otros órganos estatales para llevarla a cabo—<sup>288</sup>.

El estado de cosas en la doctrina española es similar al que se viene de sintetizar en relación con la literatura jurídica transalpina. De un lado, puede identificarse un grupo de autores quienes son del parecer, como lo es el de Sánchez Morón, de acuerdo con el cual la discrecionalidad técnica supone el otorgamiento que la ley hace de «*un ámbito de decisión a los administradores para obtener un resultado conforme a evaluaciones de naturaleza exclusivamente técnica*», ámbito de actuación que suele venir orientado o delimitado por conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción frecuentemente es «incierto y opinable», razón por la cual «*salvo crasos errores de apreciación, no sería conforme a derecho sustituir la opinión de los técnicos de la Administración por la que el juez pueda formarse en el proceso oyendo a otros técnicos distintos. De lo contrario, se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces*»<sup>289</sup>.

También ha de incluirse en esta vertiente doctrinal a quienes estiman que tal deferencia judicial debería obedecer a que los órganos administrativos se encuentran funcionalmente mejor preparados —y además democráticamente legitimados— para adoptar decisiones

---

<sup>288</sup> Se refiere a características como la heterogeneidad de la composición del órgano administrativo que decide, el mayor número de opiniones y juicios que hubieren podido ser expresados y valorados durante el procedimiento administrativo —para impedir que la decisión se limite a reflejar los intereses de un sector social o profesional solamente— u otras circunstancias que pongan de presente la mayor capacidad de la Administración para articular vías de comunicación de las autoridades con la sociedad a través de la dirección política y la participación ciudadana. En suma, el factor relevante para atribuir a la Administración esa facultad de valoración técnica última de los hechos es que represente más adecuadamente que otros órganos estatales los valores e intereses actuantes en la sociedad. Pero ese factor no opera *a priori* —de manera que haya que entender que ante cualquier valoración técnica es menester admitir que el ordenamiento ha asignado a la Administración la responsabilidad de adoptar la decisión final— sino que es preciso tener en cuenta las particularidades de cada supuesto concreto. Cfr. MARZUOLI, Carlo, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 191 y ss.

<sup>289</sup> Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 129-130. En similar dirección se pronuncian NIETO GARCÍA, Alejandro, «Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria», *Revista de Administración Pública*, 44, 1964, p. 156; GARCÍA DEL RÍO, Luis, «El control judicial de la discrecionalidad técnica. Los procedimientos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas», en VV.AA. (HINOJOSA MARTÍNEZ, E. y GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N. —coordinadores—), *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, Junta de Andalucía-Civitas, Madrid, 1996, pp. 386-387; NAVARRO SANCHÍS, Francisco José, «Comunicación. La llamada «discrecionalidad técnica», el principio de tutela judicial efectiva y el control jurisdiccional de los concursos de mérito, oposiciones y exámenes docentes», en VV.AA., *El acto y el Procedimiento*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 308 y 311.

técnicas de mejor calidad que las que estarían los jueces en condiciones de producir, por cuanto aquellos cuentan no sólo con una mayor disponibilidad de recursos especializados, superior competencia técnica o una estructura orgánica más idónea, sino en consideración a su legitimidad democrática —de la cual carecen los jueces—<sup>290</sup>, todo lo cual haría de la Administración la sede más apropiada para adoptar decisiones complejas que en no pocas oportunidades requieren de ponderaciones, pronósticos o valoraciones especializadas<sup>291</sup>. De ahí que en la doctrina alemana se afirme —como lo refiere Bacigalupo, siguiendo a Rüdolf Herzog— que

«... el control jurisdiccional de la Administración sólo se debe prolongar hasta donde quepa esperar de la decisión judicial una *calidad material al menos igual (gleiche Sachqualität)* a la de la decisión administrativa que se pretenda corregir. Consecuentemente, la determinación del alcance y de la intensidad del control jurisdiccional debería partir de la idea de que la superioridad funcional de la Administración (derivada, como se acaba de señalar, de su estructura orgánica, así como de sus medios y procedimientos operativos específicos) la habilita —como instancia *funcionalmente más idónea* que la judicial— para apreciar y adoptar *en última instancia* las medidas más adecuadas en los sectores especialmente complejos de la actividad administrativa» (cursivas en el texto original)<sup>292</sup>.

De otro lado, ha de referirse el grupo de autores que, desde la orilla doctrinal opuesta, sostiene, como lo hace García-Trevijano Fos —quien sigue en este aspecto las tesis de

---

<sup>290</sup> Punto de vista sostenido, entre otros, por PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, 2001, pp. 113-116; MALARET I GARCÍA, Elisenda, «Los principios del procedimiento administrativo y el responsable del procedimiento», en VV.AA., *Administración pública y procedimiento administrativo (Comentarios a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, —TORNOS MÁS, Joaquín (coordinador)—, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 305 y ss. Son similares las razones que mueven a Brohm a defender la existencia de límites estructurales a la fiscalización judicial de la entraña técnica de la discrecionalidad administrativa, debido a que «la Administración por razón tanto de su cometido como de su procedimiento de decisión está fuertemente orientada hacia el futuro. Sobre la base de su sistema de información, dispone de un mayor horizonte problemático y está en condiciones, por ello, de una más amplia consideración de intereses. Por contra, la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa está vocada al control jurídico *ex post* y en muchos supuestos sólo puede, ya por razón del carácter puntual del conflicto concreto, captar aspectos de la problemática en su conjunto». Cfr. BROHM, Winfried, «Administración y Jurisdicción Contencioso-Administrativa como mecanismos de regulación en un sistema policéntrico de producción del Derecho», traducción de Parejo Alfonso, L., en *Documentación Administrativa*, 234, INAP, Madrid, 1993, p. 130.

<sup>291</sup> Sobre la mayor calificación funcional de la Administración respecto de la Jurisdicción para establecer el criterio y la solución últimas en ejercicio de facultades discrecionales, incide Parejo Alfonso, quien reivindica mayores espacios para el ejercicio, por la Administración, de este tipo de facultades, por tratarse del «*poder público más idóneo para la decisión y, en general, la acción en contextos sociales complejos, tecnificados y variables*». Encuentra también apoyo en el derecho estadounidense, del cual destaca la corriente doctrinal y jurisprudencial que preconiza una «deferencia» judicial (*judicial deference*) en beneficio de la agencia administrativa, atendiendo a su mayor competencia técnica y especial estructura orgánica (*Agency expertise*). Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 97-100 y 104 y ss.

<sup>292</sup> Cfr. BACIGALUPO, Mariano, *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 62-64.

Giannini—, que «no se puede hablar de discrecionalidad técnica, puesto que se trata de conceptos antagónicos», toda vez que «cuando hay discrecionalidad no puede nunca hablarse de técnica, y cuando hay técnica no puede hablarse nunca de discrecionalidad», pues «lo técnico no se valora, sino que se puede comprobar. Lo discrecional no se comprueba, sino que se valora»<sup>293</sup>. En similar sentido, Martín González asegura que «en los supuestos considerados como discrecionalidad técnica no nos encontramos con ninguna posibilidad de valoración de una manifestación del interés público, sino con una esfera de determinaciones rígidamente vinculadas a valoraciones de orden técnico, que deben realizarse de acuerdo con los conocimientos administrados por las ciencias...»<sup>294</sup>. De hecho, a juicio de este autor, cuando la norma remite a criterios técnicos se está en presencia de una potestad reglada y no de una discrecional, como quiera que precisamente la remisión a reglas técnicas posibilita una apreciación objetiva que no deja al operador jurídico margen alguno de libertad de elección<sup>295</sup>.

Finalmente y como también se refiriera en relación con la doctrina italiana, hay en la española una postura “intermedia”, de acuerdo con la cual los criterios técnicos esgrimidos por la Administración como fundamento de sus decisiones pueden ser plenamente fiscalizables por los jueces, en algunas ocasiones, mientras que en otros casos el juez deberá estarse a lo resuelto por el órgano administrativo dada la naturaleza del criterio técnico en el cual la decisión se apoya. Tal es la postura de Desdentado Daroca, autora quien señala que las apreciaciones técnicas pueden ser utilizadas en tres tipos diversos de actividad administrativa: el primero —al cual denomina supuestos de

---

<sup>293</sup> Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Edersa, Madrid, 1964, p. 435. En el mismo sentido se pronuncia COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, 6ª edición, Civitas, Madrid, 1995, pp. 314 y ss, quien asegura que «la discrecionalidad técnica obliga a adoptar una única solución correcta en cada caso, en función de las normas técnicas que, por lo general, proporcionan otras ciencias no jurídicas».

<sup>294</sup> Para el referido autor, «se trata, en definitiva, de una constatación compleja y de carácter valorativo, pero no de una apreciación subjetiva, y las operaciones que la integran tienen como resultado una declaración de juicio, no una manifestación de opinión». Cfr. MARTÍN GONZALEZ, Manuel, *Sanidad pública: concepto y encuadramiento*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Gobernación, Madrid, 1970, pp. 763-767 y 791-792.

<sup>295</sup> Cfr. MARTÍN GONZALEZ, Manuel, «El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», *Revista de Administración Pública*, 54, 1967, pp. 226-227 y 239. Desde esta perspectiva doctrinal, la exclusión del control judicial sobre el fondo de los asuntos vinculados a la denominada «discrecionalidad técnica» acabaría por propiciar un intolerable aumento de los ámbitos de la actividad administrativa infiscalizables por los tribunales de lo contencioso-administrativo, como quiera que «la discrecionalidad técnica es un concepto expansivo perfectamente predicable en mayor o menor grado de casi todas las actuaciones discrecionales de la Administración pública, que están desde hace mucho tiempo (...) sometidas al pleno control judicial». Por lo demás, se anota que esa exclusión del control judicial, si pudiera de algún modo resultar admisible, no podría darse de manera previa a la impugnación jurisdiccional de la decisión respectiva, sino como consecuencia del debate y del examen de la cuestión al cabo del proceso ante el juez, pues otro entendimiento supondría la aceptación de un ámbito de inmunidad abiertamente inconstitucional. Cfr. COCA VITA, Eduardo, «Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica», *Revista de Administración Pública*, 100-102, volumen II, 1983, pp. 1073-1077 y 1080. Abogan por la consolidación de esta tendencia, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, 3ª Edición ampliada, Civitas, Madrid, 1999, pp. 37 y ss.; MARTÍNEZ MORALES, José Luis, «Las pruebas de idoneidad: un avance jurisprudencial en el control de la discrecionalidad técnica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 47, 1985, pp. 413 y ss.



«discrecionalidad técnico-administrativa»—, es el que tiene lugar cuando el ordenamiento confiere a la Administración la facultad de elegir una entre las varias vías de actuación posibles para la satisfacción de determinado interés público. Si para llevar a cabo su escogencia la Administración acude a la técnica y ésta no reconoce como posible una, sino varias alternativas de solución igualmente eficaces para alcanzar el propósito perseguido, tendrá entonces que seleccionar entre ellas de acuerdo con lo que estime más conveniente para dicho interés público. Aquí dispondría, por tanto, de un ámbito de discrecionalidad «fuerte»<sup>296</sup>.

El segundo sector de actividad administrativa en cuestión es el de las elecciones llevadas a cabo con base en hipótesis científicas que no han sido corroboradas, bien porque el estado de la ciencia no lo permite, ora por tratarse de juicios de prognosis, supuestos en los cuales nuevamente la Administración habrá de efectuar la elección última atendiendo a lo que estime más conveniente para el interés público, luego se trata de otro supuesto de discrecionalidad «fuerte». En estos dos ámbitos de actividad administrativa —según Eva Desdentado— el control judicial debe ser “negativo”, en el sentido de que debe circunscribirse a verificar la *no trasgresión* de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico<sup>297</sup>.

Y el tercer y último ámbito de actividad administrativa en el cual operan las apreciaciones técnicas —según la referida autora—, es el de la aplicación de conceptos jurídicos que remiten a criterios de naturaleza técnica como «edificio en ruina», «jardín de interés histórico-artístico», etc, aplicación para la cual la Administración debe recurrir a conocimientos técnicos que, en los casos difíciles, no conducirán a respuestas automáticas y únicas —no así en los casos menos complejos, en los cuales sí será viable encontrar una sola solución ajustada a Derecho—, teniendo entonces aquella que ejercer su discernimiento en la elección y uso de los conocimientos necesarios. En los aludidos casos “difíciles”, entonces, resulta inevitable la aparición de una «discrecionalidad instrumental», derivada de la dificultad de identificar con certeza la única respuesta correcta, pero que no es una discrecionalidad «fuerte» —como las dos anteriores— porque el simple hecho de que la norma remita a la utilización de criterios técnicos indica que no pretende atribuir un ámbito de decisión propio al órgano administrativo sino, al contrario, compelerlo a ceñirse al concepto técnico en cuestión. Además, la inexistencia de discrecionalidad administrativa «fuerte» en estos casos se desprende de que las

---

<sup>296</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva, *Los problemas del control judicial...*, cit., pp. , pp. 62-64.

<sup>297</sup> La propuesta de Desdentado Daroca, hasta este punto, tiene considerablemente en cuenta que no siempre está al alcance de la técnica el posibilitar soluciones unívocas a los problemas que se le plantean, lo cual abre a la Administración un margen de elección entre las diversas opciones técnicamente viables, elección que realiza de conformidad con criterios políticos, que no quedan del todo eliminados de las decisiones administrativas a pesar de la creciente importancia que ha adquirido la técnica en la fundamentación de las mismas. Ello se hace especialmente evidente tratándose de determinadas áreas del conocimiento científico —como el económico y el financiero—, cuyas construcciones y principios de actuación están impregnados de criterios de valor y, en últimas, políticos. Así, por ejemplo, la elección entre los cursos de acción que sugiere la economía clásica y los que plantea la economía keynesiana no es una elección técnica, sino política. De ahí que el recurso a la técnica no excluya la discrecionalidad pues, por el contrario, la naturaleza del conocimiento científico permite poner de manifiesto la influencia de la ideología política en la opción técnica, lo que de cierto modo justificaría que la misma sea atribuida de forma reservada a la Administración. Cfr. DESDENTADO DAROCA, Eva, *Los problemas del control judicial...*, cit., pp. 48-50 y 62-64.

normas redactadas de esta manera confieren auténticos derechos a los particulares —y, por ejemplo, el propietario tiene derecho a que se le pague el «justo precio» si se le expropia o a que su edificio sea demolido sólo si realmente está en «ruina»—, así como del hecho de que el ordenamiento mismo prevé como posible el uso de la prueba pericial por parte del tribunal contencioso-administrativo, para controlar la aplicación que la Administración ha hecho de esta clase de conceptos. Por tanto, en el referido tercer grupo de supuestos el control judicial no necesariamente debe ser sólo negativo —como en los dos anteriores— sino que puede llegar a sustituir —control “positivo”— la apreciación administrativa previa del concepto técnico enjuiciado<sup>298</sup>.

Ya en el ámbito del derecho público colombiano, en la jurisprudencia se advierten algunos pronunciamientos en los cuales se ven reflejadas las líneas doctrinales y jurisprudenciales a las que se ha hecho alusión, en el presente proveído, desde la perspectiva del derecho comparado. De este modo, en ocasiones se ha sostenido la imposibilidad, para el juez, de fiscalizar los fundamentos técnicos de las decisiones de la Administración, como lo ha hecho la Corte Constitucional al advertir que *«tradicionalmente, la Constitución y la ley reconocen un campo de poder discrecional al ejecutivo, inmune al control de los jueces. Su fundamento se encuentra en la mayor capacidad técnica de la administración para tomar determinado tipo de decisiones, cuya valoración no pueden hacerla más que los órganos especializados o las instancias del poder político-administrativo»*<sup>299</sup>.

Igualmente rechaza la posibilidad de que el juez sustituya los criterios técnicos de la Administración, con base en los aportados al proceso judicial por peritos, la sentencia T-418 de 1.993<sup>300</sup>. En este pronunciamiento se plantea el problema jurídico que aquí interesa, en los siguientes términos: *«¿A través de la tutela se puede ordenar a la administración pública la adopción de ciertas especificaciones técnicas de una obra pública?»*. La respuesta que a dicho interrogante dispensó la Corte Constitucional, fue la siguiente:

«La Sala de Revisión de la Corte Constitucional considera que en el estudio de asuntos en los que se encuentre involucrado el análisis de temas científicos o técnicos, los jueces de tutela, cuando decidan amparar un derecho, no deben llegar en todo caso a inmiscuirse en dichos asuntos, fruto de disciplinas científicas diferentes al derecho, para efectos de obligar a una autoridad administrativa a realizar algo técnico de una cierta manera. Ahora bien, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al revisar la decisión producto de la discrecionalidad, debe examinar si ésta es razonable o arbitraria, de conformidad con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo».

Sin embargo, la claridad del aserto contenido en el aparte que se acaba de transcribir, contrasta con el confuso recurso, a renglón seguido dentro de la misma providencia citada, a una argumentación enderezada a negar la existencia de margen alguno de apreciación técnica en beneficio de la Administración, en el cual el juez no debería irrumpir. Sostuvo, entonces, la Corte Constitucional, lo siguiente:

---

<sup>298</sup> Cfr. DESDENTADO DAROCA, Eva, *Los problemas del control judicial...*, cit., pp. 64-66.

<sup>299</sup> Corte Constitucional, sentencia No. T-427/92, de junio 24 de 1992, Ref. : Expediente T-936, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>300</sup> Corte Constitucional, sentencia No. T-418/93, Ref: Expediente T-14.813, Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

«Discrecionalidad técnica es, según Garrido Falla<sup>301</sup>, aquella en la cual la emisión del acto administrativo depende de un juicio o informe técnico previo, cuya valoración queda a cargo de la Administración Pública. A criterio de la Sala de Revisión, el derecho público colombiano es ajeno a la "discrecionalidad técnica", por las siguientes razones:

1. Porque las reglas técnicas no pueden estar supeditadas a la discrecionalidad. A lo sumo la técnica puede quedar supeditada a la elección de un método, sistema o procedimiento científico, pero nunca a la discrecionalidad. Las reglas técnicas obedecen a conclusiones científicas, y éstas derivan de criterios que nada tienen que ver con la discrecionalidad, por ejemplo: la capacidad de una presa o la estructura de un puente.

2. Porque aún cuando una conclusión "técnica" puede lograrse mediante distintos métodos, igualmente eficaces, ello no siempre sucede así, pues puede ocurrir que para llegar a la conclusión deseada exista un método único, cuya utilización sea entonces ineludible.

3. Porque para llegar a una conclusión científica o técnica, el elemento o factor "interés público" es irrelevante. Este interés sólo se valora y entra en juego cuando, conocido un informe técnico, haya de resolverse si, con base en tal informe, corresponde o no dictar determinado acto administrativo para satisfacer exigencias del interés público.

No hay, pues, discrecionalidad técnica como dice Alessi<sup>302</sup>. Discrecionalidad técnica es un concepto antagónico. Cuando hay discrecionalidad no puede hablarse de técnica y cuando hay técnica no puede hablarse de discrecionalidad. Lo técnico, en cuanto tal, no se valora sino que se comprueba. Lo discrecional no se comprueba sino que se valora, como dice García Trevijano Fos en su libro tratado de Derecho Administrativo<sup>303</sup>.

Tampoco puede haber discrecionalidad para requerir o no un dictamen técnico indispensable para resolver una cuestión administrativa. En conclusión, los jueces de tutela de la República deben evaluar la discrecionalidad y fallar en derecho, sin invadir las ciencias técnicas, fruto del conocimiento científico o técnico de expertos (...) Encuentra la Sala de Revisión que por decisión errónea del Juzgado Civil Municipal de Turbo se ordenó la construcción del puente sobre el caño Puerto Tranca, de conformidad con unas especificaciones científicas que se consideraron por el Juez de Tutela como las más adecuadas a los intereses de la comunidad» (negritas en el texto original).

No obstante lo anterior, también es posible mencionar algunas decisiones judiciales en las cuales se ha encontrado procedente —y hasta necesario— controlar el fondo o el contenido de los criterios técnicos acogidos por la Administración para adoptar concretas determinaciones, valiéndose el juez, para ello, de la apreciación de otros elementos de

---

<sup>301</sup> Nota original de la sentencia citada: GARRIDO FALLA, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo I, pág. 213.

<sup>302</sup> Nota original de la sentencia citada: Alessi. "Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano", pagina 215, Milano 1960; García Trevijanos Fos: "Tratado de Derecho Administrativo", tomo 1º, páginas 385-389. Citados por MARIENHOFF Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo II. Tercera Edición. - servicios Públicos y Actos de la Administración Pública. Editorial Abeledo-perrot- Buenos Aires. 1988, pág. 430.

<sup>303</sup> Nota original de la sentencia citada: TREVIJANO FOS, José Antonio. Tratado de derecho Administrativo. Tomo I. Tercera Edición. Madrid. 1974, pág. 432.

prueba —incluidas pruebas periciales o dictámenes de expertos— practicados o aportados con el objeto, precisamente, de cuestionar el soporte técnico esgrimido por el órgano administrativo. Tal es la postura que se asume por la Corte Constitucional en la sentencia T-587 de 1.998<sup>304</sup>, en la cual se afirmó:

«A este respecto, podría afirmarse que siendo la cuestión debatida de naturaleza técnica, la entidad tiene un grado importante de discrecionalidad que le permite definir, según sus propios criterios, si conviene o no al desarrollo de Audrey la adopción de María del Pilar. En efecto, la solución de esta cuestión no es meramente jurídica sino que requiere de apreciaciones técnicas o científicas que, según esta tesis, resultan judicialmente incuestionables. Esta posición se funda en la teoría de la llamada "discrecionalidad técnica", según la cual las decisiones técnicas pueden ser abordadas desde múltiples doctrinas y, en consecuencia, dar lugar a variadas decisiones, siendo la administración y no el juez, la encargada de optar, entre las distintas alternativas, por aquella que más convenga a los intereses generales.

No obstante, la teoría de la discrecionalidad técnica ha sido ampliamente cuestionada, hasta el punto de que, en la actualidad, nadie puede, razonablemente, sostener que una actuación administrativa que deba fundarse en criterios técnicos carezca de control judicial. Nada obsta para que los datos científicos que sirven para tomar una determinada decisión administrativa puedan ser judicialmente controvertidos a fin de precisar si resultan razonables desde perspectivas científicas aceptables. Lo anterior no implica que el juez sustituya a la administración. Se trata, simplemente, de que ésta no se escude en la antigua teoría de la "discrecionalidad técnica" para tomar decisiones arbitrarias, sin que por ello resulte afectada su facultad de optar, entre varias decisiones posibles, por la que considere más adecuada. En otras palabras, una decisión basada en datos técnicos o científicos no puede apoyarse en meras especulaciones originadas por el criterio subjetivo del funcionario público, sino en la reglas propias de la técnica o de la ciencia de que se trate y, por lo tanto, en criterios objetivos, ciertos y confrontables» (subraya la Sala)<sup>305</sup>.

Con base en el panorama doctrinal y jurisprudencial que se ha dejado expuesto, considera la Sala oportuno expresar los siguientes lineamientos generales en relación con la noción de discrecionalidad técnica, su incidencia en la naturaleza jurídica de las facultades que ejerce la Administración con base en criterios de naturaleza técnica y los alcances y límites del control judicial de las correspondientes decisiones.

a. No puede compartirse la aseveración absoluta de acuerdo con la cual *"el derecho público colombiano es ajeno a la "discrecionalidad técnica"*. La utilización, por parte de la ley y el reglamento, de conocimientos y nociones técnicas o propios del saber especializado y la consecuente atribución de márgenes de valoración a la Administración para que resuelva los casos concretos con base en criterios de dicha naturaleza, no constituye, en las sociedades contemporáneas, una alternativa, sino una necesidad que para el Derecho se convierte en un dato. En otros términos, los elevados niveles de

---

<sup>304</sup> Corte Constitucional, sentencia T-587/98, Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, Referencia: Expediente T-164386.

<sup>305</sup> En similar sentido puede verse la argumentación contenida en la sentencia de la Corte Constitucional, C-071 de 1.994, Ref: Demanda No. D-380, Norma acusada: Artículos 10 (parcial) y 12 (parcial) de la Ley 1ª de 1991. Magistrado Sustanciador: Alejandro Martínez Caballero.

tecnificación alcanzados, en los más diversos ámbitos, por la actividad administrativa, tornan ineludible el recurso a la técnica, a la ciencia, en general al saber especializado, como elementos y criterios que, en no pocas ocasiones, fundamentan las decisiones de los órganos administrativos. El presente caso es buena muestra de ello.

Así las cosas, en la medida en que no siempre la técnica o la ciencia, como se ha visto, ofrecen alternativas únicas para la resolución de un supuesto específico, para la determinación del sentido de una política pública, también la adopción de decisiones con base en criterios técnicos puede dar lugar, en algunos eventos, a la existencia de márgenes de apreciación que, incluso, pueden configurarse como facultades de naturaleza discrecional. No se trata de sostener que siempre que la Administración adopta una decisión con base en criterios de tipo técnico, ejerce una facultad discrecional. De hecho, en muchos supuestos, la aplicación de conocimientos científicos o propios de un arte o un oficio especializados no da lugar a dudas en cuanto al sentido en el cual debe proferirse una decisión para que pueda considerarse ajustada a derecho. Pero en aquellas que la doctrina ha denominado “cuestiones técnicas complejas”, en las cuales no existe univocidad de respuesta o de criterio aportado por la ciencia, el arte o el conocimiento técnico aplicable, surgen esos márgenes de apreciación para el operador jurídico, el cual deberá elegir, entre una pluralidad de alternativas, aquella que de mejor manera sirva al interés general, con base en criterios objetivos y razonables de decisión, que son, como la Sala lo ha expresado ya, aquellos en los cuales ha de traducirse el ejercicio de una facultad discrecional.

b. No obstante lo anterior, quiere la Sala ser enfática en sostener que la naturaleza técnica de las decisiones administrativas, incluso, el reconocimiento de la posibilidad de existencia de márgenes de apreciación o de discrecionalidad para su adopción, de ninguna manera se traduce en la consagración de ámbitos de actividad de la Administración inaccesibles al control por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo. Las decisiones administrativas fundamentadas en criterios técnicos, incluso en aquellos casos que planteen “cuestiones técnicas complejas”, al igual que la entera actividad de los poderes públicos en un Estado de Derecho, se encuentran sometidas por completo al ordenamiento jurídico y, por tanto, son susceptibles de fiscalización judicial. Además, afirmar la exclusión del control judicial respecto de las comentadas decisiones vulneraría flagrantemente el derecho al acceso a la Administración de Justicia de los ciudadanos afectados por la decisión correspondiente. Por tanto, las especiales idoneidad técnica, estructura organizativa y preparación funcional que en algunos casos caracterizan —y que en lo posible deben caracterizar, como regla general,— a los órganos administrativos encargados de decidir con base en valoraciones técnicas, pueden justificar que en sede administrativa sus decisiones, una vez firmes, no sean susceptibles de revisión o sustitución por parte de otros órganos en los cuales no concurren tales calidades, pero tal exclusión no puede entenderse extensiva a las autoridades judiciales.

c. En consecuencia, cuando se trate de litigios en los cuales se controvierta la legalidad de decisiones administrativas sustentadas en cuestiones técnicas, las autoridades judiciales no están obligadas, *per se*, a inclinarse por la valoración previamente efectuada por la Administración, toda vez que ello contravendría la naturaleza y los propósitos de la actividad probatoria desplegada dentro del proceso y de la función jurisdiccional misma, que tienen por objeto, precisamente, permitir a las partes obtener —o cuando menos intentar— el convencimiento del juez en favor de sus pretensiones. Y como el tribunal se halla ubicado en una posición de imparcialidad, *supra partes*, debe resolver la discrepancia

técnico valorativa entre demandante y demandado —que se encuentran en pié de igualdad en sede judicial— apreciando la prueba pericial —en la que sin duda puede apoyarse— y la totalidad del acervo probatorio disponible, conjuntamente con el juicio técnico de la Administración, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y valorando la fuerza de convicción atribuible a las diferentes soluciones presentadas por las partes, sin estar vinculado ni por el dictamen pericial, ni por la apreciación administrativa previa.

d. Cosa distinta es que, en consideración a las particularidades de cada caso concreto y a la naturaleza y complejidad de la cuestión técnica debatida, el control judicial que se lleve a cabo puede tener una intensidad diversa. Así pues, tratándose de supuestos en los cuales (i) para llevar a cabo su escogencia la Administración acude a la técnica y ésta no reconoce como posible una, sino varias alternativas de solución igualmente eficaces para alcanzar el propósito perseguido o (ii) de aquellos casos en los cuales la decisión administrativa está basada en hipótesis científicas que no han sido corroboradas —bien porque el estado de la ciencia no lo permite, ora por tratarse de juicios de pronóstico—, de suerte que la Administración habrá de efectuar la elección última atendiendo a lo que estime más conveniente para el interés público, en estos dos tipos de supuestos, el control judicial habrá de contraerse, en principio, a excluir la alternativa seleccionada por la Administración cuando ésta incurra en “error manifiesto de apreciación”, esto es, cuando la elección resulte manifiestamente desproporcionada, irrazonable o arbitraria —control judicial “negativo”, en la medida en que se limita a verificar la *no trasgresión* de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico—, como en reciente pronunciamiento lo expresó la Sala:

«Por tanto, si bien el control judicial de la *existencia* de los motivos o hechos determinantes de la decisión administrativa debe ser pleno, habida cuenta que se trata de un asunto —como se ha dicho— que escapa a cualquier tipo de valoración discrecional, tratándose de la fiscalización en sede jurisdiccional de la *apreciación* administrativa de tales hechos, habría que estar de acuerdo con lo sostenido por Miguel Sánchez Morón, quien resalta que el control judicial, en este ámbito, habrá de ser básicamente anulatorio y solo de forma excepcional con alcance sustitutivo de la decisión administrativa, pues no puede convertirse en una «fiscalización técnica, política o de oportunidad», de modo que únicamente procederá «allí donde el error sea claro y así resulte a primera vista para cualquier persona razonable, o pueda ser develado mediante una actividad probatoria suficiente o mediante una demostración sólida, firme, segura, sustancialmente incontestable», es decir, cuando sea un control estrictamente jurídico, que no conduzca a la sustitución de una posición opinable por otra, pues «de lo contrario deja de ser jurídico para deslizarse por la pendiente del decisionismo»<sup>306</sup>.

---

<sup>306</sup> Nota original de la sentencia citada: SANCHEZ MORÓN, Miguel, *Discrecionalidad administrativa...cit.*, pp. 135-137. En otro lugar este autor insiste en la improcedencia de que los tribunales anulen las decisiones administrativas por incurrir en *cualquier* tipo de error de apreciación, debiendo limitarse tal posibilidad a aquellas equivocaciones «manifiestas», pues a su entender «*sólo hay abuso o extralimitación de la discrecionalidad en la apreciación de los hechos o en la valoración de las circunstancias del caso allí donde el error sea claro y así resulte a primera vista para cualquier persona razonable o pueda ser develado en el proceso mediante una actividad probatoria suficiente y mediante una demostración sólida, firme, rigurosa y sustancialmente incontestable*», pues de lo contrario se excedería el ámbito de lo estrictamente jurídico, afectándose así «*al elemento de oportunidad ínsito en la decisión discrecional, que consiste en valorar en todos sus extremos cuál es la mejor solución para el interés público*». Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa», en DELGADO BARRIO, Javier (Director),

También el juez de lo contencioso administrativo francés ha recurrido, para fiscalizar el poder discrecional de la administración, a la noción de «*erreur manifeste d'appréciation*»<sup>307</sup>, de acuerdo con la cual, en palabras de Rivero y Waline, si resulta que la calificación de los hechos es tan evidentemente equivocada que hasta alguien sin conocimientos técnicos podría determinarlo, anulará la decisión<sup>308</sup>; o, como diría Vedel, «se comprueba desde un punto de vista muy práctico: es manifiesto un error que salta a la vista sin necesidad de ser un experto muy sagaz»<sup>309</sup>.

Para éste último autor el concepto de *error manifiesto* es una adquisición relativamente reciente de la jurisprudencia administrativa, siendo la primera sentencia que lo utilizó el *arrêt Denizet*, del 13 de noviembre de 1953, consolidándose a partir de entonces como uno de los elementos integrantes del aludido control mínimo. Vedel, en línea con lo que hasta ahora se ha venido exponiendo en esta providencia, explica de la siguiente manera la función que en la justicia contencioso administrativa desempeña la noción de error manifiesto: normalmente los motivos de Derecho, la materialidad de los hechos y su calificación jurídica, que son el fundamento de todo acto sometido al examen del juez del exceso de poder, están plenamente sometidos al control de éste. En cambio, la «apreciación de los hechos», especialmente cuando tiene un carácter técnico, «está cubierta por el poder discrecional de apreciación de la Administración». Sin embargo, reconocer a dicha discrecionalidad una extensión ilimitada conduciría, a abusos indudables —«tratándose, por ejemplo, de la apreciación de los inconvenientes estéticos de una construcción, se concibe que el abandono total de todo control jurisdiccional sería dar paso a la arbitrariedad»—. Pero, por otra parte, «integrar pura y simplemente la apreciación de los hechos en el control jurisdiccional vendría a hacer del juez el superior jerárquico de los administradores y transformarle, además, en un experto técnico con las calificaciones más variadas»<sup>310</sup>.

De suerte que, ante estas dos posturas que considera excesivas, refiere cómo el Consejo de Estado ha optado «por el camino de en medio» —que Vedel juzga prudente— de exigir que el error de apreciación tenga carácter *manifiesto* para que sea tenido en cuenta como

---

*Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, cit., pp. 154-155.

<sup>307</sup> Nota original de la sentencia citada: MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Tratamiento de la discrecionalidad...*, cit., pp. 229-233.

<sup>308</sup> Nota original de la sentencia citada: Cfr. RIVERO, Jean, WALINE, Jean, *Droit administratif*, cit., p. 253. Insisten también en el carácter «flagrante» del error manifiesto de apreciación DE LAUBADÈRE, André, VENEZIA, Jean Claude, GAUDEMET, Yves, *Traité de Droit Administratif*, cit., pp. 696-697. Braibant y Stirn, por su parte, apoyándose en la afirmación del tratadista de Derecho Administrativo inglés H.W.R Wade, según la cual «es de la esencia del poder discrecional el implicar el poder de cometer errores», aseguran que ello también opera sí en el Derecho francés, pero hasta cierto límite, pues ciertamente la Administración tiene derecho a equivocarse en su apreciación, pero a lo que no tiene derecho es a cometer un error manifiesto, es decir, un error caracterizado a la vez por su gravedad y su evidencia. Cfr. BRAIBANT, G., STIRN, B., *Le droit administrative français*, cit., p. 282. Vid. también WADE, H.W.R., FORSYTH, C.F., *Administrative Law*, 8ª edición, Clarendon Press, Oxford, 2000, pp. 315 y ss.

<sup>309</sup> Nota original de la sentencia citada: Cfr. VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, cit., p. 504.

<sup>310</sup> Nota original de la sentencia citada: Cfr. VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, cit., pp. 503-504.

tal por el juez, aunque, claro está, «el carácter manifiesto del error es materia de apreciación, pero esto es inevitable»<sup>311</sup>» (énfasis añadido)<sup>312</sup>.

En cambio, en los supuestos en los cuales (iii) la Administración decide aplicando conceptos jurídicos que remiten a criterios de naturaleza técnica que permiten identificar, en el caso concreto, la única solución ajustada a Derecho y se demuestra en el proceso que no fue ésta la elegida por el órgano administrativo, la intensidad del control judicial debe ser mayor y, entonces, se tratará de un control “positivo” en la medida en que el juez habrá no sólo de anular la decisión demandada, sino de imponer la única solución que resulta jurídicamente admisible, sustituyendo, por tanto, la escogencia previamente efectuada por la Administración, siempre que exista soporte acreditativo suficiente en el expediente para proceder de tal manera y el resultado de la apreciación conjunta de la comunidad probatoria, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, así lo impongan.

Lo anterior debido a que si la norma remite a la utilización de criterios técnicos, lo hace con el propósito de que la Administración se cña en su decisión al criterio técnico en cuestión; luego, el eventual margen de apreciación del que pueda disponer el órgano administrativo actuante en los supuestos en los cuales la dificultad o complejidad propias del caso imposibilite interpretar el concepto técnico de una única manera, no implica que, cuando el juez disponga de los elementos de juicio suficientes para establecer, sin lugar a dudas, que los presupuestos fácticos correspondientes encuadran, o no, dentro del contenido del criterio técnico del que se trate, deba anular y también sustituir la valoración técnica previamente efectuada en sede administrativa cuando ésta no coincida con la única jurídicamente admisible.

e. Una vez la Administración ha satisfecho la exigencia derivada de la previsión contenida en el artículo 207 numeral 6 del Código Contencioso Administrativo y ha remitido al expediente judicial los antecedentes administrativos de su decisión<sup>313</sup>, incluyendo entre ellos el concepto técnico que la sustenta, corresponde al demandante la carga de aportar los elementos de prueba que conduzcan a evidenciar el error manifiesto de apreciación en el cual ha incurrido la valoración administrativa y, cuando haya lugar a ello, a acreditar cuál es la única interpretación del concepto técnico en cuestión que resultaría jurídicamente admisible.

En este sentido, como lo ha sostenido la doctrina, la no exclusión de control jurisdiccional de la discrecionalidad técnica no permite negar que la posición del demandante del acto administrativo que la invoca es ciertamente complicada, como quiera que a no ser que consiga acreditar que la Administración ha infringido alguna norma o principio jurídico o

---

<sup>311</sup> Nota original de la sentencia citada: Cfr. VEDEL, Georges, *Derecho administrativo*, cit., p. 504.

<sup>312</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074.

<sup>313</sup> El citado precepto, subrogado por el artículo 46 del Decreto 2304 de 1989, establece: “*Auto admisorio de la demanda. Recibida la demanda y efectuado el reparto, si aquélla no reúne los requisitos legales, el ponente debe admitirla y además disponer lo siguiente:*  
(...)”

6. *Que se solicite al correspondiente funcionario el envío de los antecedentes administrativos, dentro del término que al efecto se le señale. El desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo indicado constituye falta disciplinaria”.*



incurrido en arbitrariedad o, en fin, que «*el juicio, el criterio y el uso de una discrecionalidad técnica ha sido desacertado*», sus pretensiones serán despachadas desfavorablemente, pero «*por mucha discrecionalidad técnica que exista, si el recurrente acredita el error de apreciación o la mala conceptualización o calificación, o la arbitrariedad formal o de fondo, el recurso*<sup>314</sup> *ha de estimarse*»: dificultad, por tanto, sí —e inocultable—, pero nunca «*imposibilidad a priori de lograrlo ni intentarlo, sobre todo, si lo que viene a denunciar es el abuso o la arbitrariedad en el ejercicio de una competencia por mucho que se arrope con el calificativo de discrecional o técnica e incluso por más que realmente concurren en ella tales condiciones, siempre orientadas al bien público...*»<sup>315</sup>.

## 2.5. El caso concreto.

Descendiendo, nuevamente, al caso materia de estudio en el presente proveído, advierte la Sala que las facultades ejercidas por la Secretaría de Minas y Energía de la Gobernación de Antioquia —por delegación del Ministerio de Minas y Energía, consagradas en las disposiciones de la Ley 141 de 1994 y del Decreto 2636 del mismo año que se citaron en el apartado 2.4.1. del presente proveído—, lejos de configurarse como atribuciones de naturaleza reglada en virtud de las cuales una vez presentada la solicitud de legalización de explotación minera de hecho de pequeña minería, automáticamente la Administración habría de expedir la licencia correspondiente, en realidad confieren un importante margen de valoración al órgano administrativo, margen que se basa, sustancialmente, en criterios de naturaleza técnica que deben quedar consignados en el informe de la visita técnica que al predio correspondiente resulta perentorio practicar en obediencia a lo establecido por los artículos 3, 4 y 8 del mencionado Decreto 2636 de 1994.

Sin embargo, de acuerdo con los planteamientos efectuados por la Sala en el apartado anterior, los aludidos márgenes de valoración técnica —que, en los casos igualmente referidos en dicho acápite, sin duda pueden dar lugar a la existencia de facultades discrecionales (discrecionalidad técnica)— en manera alguna suponen que el Juez de lo Contencioso Administrativo se encuentre impedido para fiscalizar el fundamento técnico de los actos administrativos demandados. Solamente, según se explicó, en los supuestos en los cuales la ciencia o el conocimiento técnico aplicable no aporte soluciones unívocas e indiscutidas, o se trate de pronósticos o juicios técnicos que dan lugar a la aplicación de criterios de decisión que superan el ámbito de lo estrictamente científico, el juez, en principio, se estará al criterio objetivo elegido por la Administración para decidir, a no ser que se acredite que el mismo incurre en error manifiesto de apreciación. En los demás casos, nada obsta —según igualmente se explicó— para que el control que se practique respecto del soporte técnico de la decisión administrativa pueda tener la mayor intensidad.

Sin embargo, también se anotó que la carga de la prueba enderezada a controvertir dichos fundamentos técnicos, una vez la Administración los ha aportado al proceso, concierne al demandante, quien, entonces, está en la obligación de allegar o proponer la práctica de la prueba pericial idónea, pertinente y conducente a cuestionar el criterio técnico tomado en

---

<sup>314</sup> El sintagma “recurso contencioso administrativo”, en el derecho administrativo español, tiene un significado equivalente al de “acción ejercida ante el juez de lo contencioso administrativo”, en el colombiano.

<sup>315</sup> Cfr. COCA VITA, Eduardo, «Legalidad constitucional, exclusión de control judicial y discrecionalidad técnica», *Revista de Administración Pública*, 100-102, volumen II, 1983, cit., pp. 1075-1076 y 1079-1081.

consideración para resolver por el órgano administrativo. Dicha experticia, además, ha de ser valorada por el juez conjuntamente con el resto de la comunidad probatoria obrante en el expediente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Pero en el *sub lite*, la parte actora no satisfizo las antedichas exigencias probatorias, toda vez que, según se refirió en el acápite de antecedentes, la práctica de inspección judicial y de prueba pericial fue denegada habida cuenta que la petición de tales probanzas se formuló sin el lleno de los requisitos legalmente establecidos por los artículos 233, 236.1 y 245 del Código de Procedimiento Civil.

Tal omisión dejó al Juez de lo Contencioso Administrativo desprovisto de elementos de juicio de naturaleza técnica, diversos de los aportados por la Administración, con base en los cuales fiscalizar el criterio técnico tenido en cuenta por ésta para fundamentar los actos administrativos demandados, actos que, por lo demás, se encuentran suficiente y adecuadamente motivados, precisamente con base en los diversos informes técnicos en los cuales fue estudiada la solicitud de licencia formulada por la sociedad aquí demandante, en especial el de fecha 17 de noviembre de 1995, firmado por el ingeniero geólogo y el Jefe de la Sección Minero Ambiental de la Secretaría de Minas y Energía de la Gobernación de Antioquia, posteriormente ratificado mediante escrito calendado el 27 de agosto de 1996, en los cuales se destaca que la explotación adelantada en la cantera cuya legalización se solicita, es “artesanal y antitécnica” y que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 8 del Decreto 2636 de 1994, no resulta procedente legalizar explotaciones mineras que, a juicio de la entidad competente, se consideren manifiestamente inseguras o supongan peligro inminente para la vida de los mineros, como ocurre con la explotación objeto del requerimiento de autorización presentado por la sociedad actora en el *sub lite*.

Adicionalmente, coincide la Sala con el parecer del Ministerio Público en el sentido de que los testimonios recibidos dentro del proceso, en los cuales los testigos manifiestan que la explotación en la cantera “La Sierra” no se realiza en condiciones inseguras o con personal carente de idoneidad técnica, son rendidos por personas que carecen de la preparación científica o de la formación técnica suficiente y adecuada para cuestionar los fundamentos de dicha naturaleza esgrimidos por la Administración; lo anterior en consideración a que las referidas declaraciones fueron efectuadas por un cantante y promotor cultural, un administrador de empresas, un comerciante y una persona que no manifiesta cuál es su ocupación y oficio.

Lo hasta aquí expuesto sería suficiente, por sí mismo, para despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda, pues brillan por su ausencia elementos de prueba con la virtualidad de cuestionar, con algún viso de seriedad, la fundamentación técnica de las resoluciones acusadas. Sin embargo, una consideración adicional e igualmente contundente abunda en justificaciones de la decisión negativa a las pretensiones de la sociedad actora y se desprende con toda claridad del material probatorio obrante en el expediente. Se trata de que de la lectura de los informes de visita técnica incorporados al mismo, se desprende con absoluta nitidez que la Sociedad Peláez Hermanos y Cía. S. en C.S., no había adelantado actividad de explotación alguna en la cantera objeto de la solicitud de legalización, antes del 30 de noviembre de 1.993, requisito éste cuya concurrencia exigen, de manera insoslayable, los artículos 58 de la Ley 141 de 1994 y 2 del Decreto 2636 del mismo año, para que sea procedente el otorgamiento de la licencia de explotación minera respectiva.

Tal conclusión se deriva de la lectura del informe de visita técnica presentado por la Sección Ambiental del entonces existente Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente —INDERENA—, visita realizada el día 5 de abril de 1.995, en el cual se expresa que la *“Cantera La Sierra de propiedad de la Sociedad Peláez Hermanos”*,

«... se localizará en la finca Piedras Blancas, Vereda Las Playas, costado derecho arriba del túnel de la autopista Medellín-Bogotá.

Minerales. Se explotarán arenas 400 metros cúbicos/mes, piedra para enchape 200 metros cúbicos y arenas no se precisó cantidad.

Los materiales se extraerán de un área de unas 9 has., con topografía muy inclinada (más de 45 grados).

La capa vegetal será apilada y luego utilizada en los frentes de trabajo explotados.

La explotación se realizará en forma mecánica y se trabajará por el sistema de terrazas.

Equipos. Se contará con un cargador con retro y 2 volquetas con capacidad para 6 metros cúbicos cada una.

Trabajadores. Se tendrán 10 trabajadores, en un turno de 7:00 A.M. a 4:00 P.M. de lunes a viernes y sábado de 7:00 A.M. a 12:00 M.

El proceso se hará en seco» (énfasis añadido).

Similar es el sentido del informe calendado el 16 de octubre de 1.995, suscrito por el geólogo adscrito a CORNARE, sobre la visita técnica conjunta realizada entre la Secretaría de Minas de la Gobernación de Antioquia y la Corporación Autónoma Regional Rionegro-Nare —CORNARE—, a la mencionada Mina La Sierra, en el cual se señala, a modo de conclusión, que

«[E]l interesado que solicita la legalización de la mina no ha realizado explotación en el sitio.

La explotación que se realiza en el sitio es responsabilidad del señor Luis Enrique Buitrago Cardona».

Por su parte, en el informe de la misma visita técnica —ordenada mediante auto del 16 de enero de 1.995, de la Secretaría de Minas de la Gobernación de Antioquia, según se hace constar en el informe mismo—, de fecha 17 de noviembre de 1995 y firmado por el ingeniero geólogo y el Jefe de la Sección Minero Ambiental de la mencionada Secretaría, se explica:

«3.1. Al momento de la visita se encontraban allí 4 personas realizando labores de explotación de los materiales descritos, entre ellos los señores Enrique Buitrago y Héctor Rua, los cuales expresaron no conocer ninguna sociedad o propietario o explotador en esos sitios, sino ellos mismos.

3.2. El señor Enrique Buitrago expresó estar realizando labores de explotación desde comienzos del año 1994 en tanto que el señor Héctor Rúa, lo hace desde hace unos tres años, ambos en forma esporádica (sic).

3.3. Las dos personas anteriormente descritas, trabajan cada una por su cuenta, sectorizando para ello el “frente de explotación”.

(...)

#### CONCLUSIÓN.

Al momento de la visita no había personas explotando los materiales de construcción a nombre de la Sociedad Minera Peláez, directa o indirectamente».

Adicionalmente a lo anterior, ninguno de los declarantes en el proceso manifestó que la sociedad demandante explotara la cantera con anterioridad al 30 de noviembre de 1993, requisito éste, se insiste, exigido tanto por el artículo 58 de la Ley 141 de 1994 como por el artículo 2 del Decreto 2636 del mismo año, para hacer viable la legalización de la explotación minera de hecho de pequeña minería solicitada.

En consecuencia, no hay elemento de prueba ni argumento jurídico alguno, obrantes en el expediente, que acrediten la configuración de la falsa motivación de los actos administrativos atacados, alegada en la demanda por la parte actora. Por el contrario, todo lo hasta ahora expuesto pone de presente que las resoluciones enjuiciadas se encuentran adecuadamente fundamentadas en el resultado de las diligencias llevadas a cabo a lo largo del procedimiento administrativo previo a la adopción de cada una de tales decisiones y las mismas, adicionalmente, se encuentran suficientemente motivadas, explicitando los argumentos tanto fácticos como jurídicos que condujeron a denegar las solicitudes de licencia formuladas por la sociedad demandante en el *sub judice*. Por lo demás, como se ha expuesto, la Secretaría de Minas y Energía de la Gobernación de Antioquia aplicó correctamente, al caso concreto, las normas jurídicas que le atribuyen las facultades correspondientes.

Con base en todo lo precedentemente expuesto, las súplicas de la demanda serán denegadas<sup>316</sup>.

Lo primero que puede evidenciar el lector, es un aspecto formal, dentro del cual es fácilmente observable el número de citas, y las obras a las que alude el Consejo de Estado para motivar su decisión. Por otro lado, se identifica un tratamiento de la institución de la discrecionalidad y el concepto jurídico indeterminado, que según entiende la corporación, serían “manifiestamente inseguras” o “peligro inminente”, contenidos en el art. 8 del decreto 2636. Se señala explícitamente que además de la norma contener una potestad discrecional a la administración, entendida como un margen de relativa valoración para establecer los criterios objetivos y razonables de decisión, complementando el supuesto de hecho, concepto que encajaría en una concepción mixta de discrecionalidad, *incluye adicionalmente* conceptos jurídicos indeterminados

---

<sup>316</sup> Las citaciones al pie de página 282 a la 316 proviene de la propia sentencia. Hemos decidido dejar sin alteración alguna, para demostrar como el Consejo de Estado acude a posiciones doctrinales para fundamentar sus decisiones.

que conllevan al ejercicio de facultades de naturaleza discrecional. El Consejo de Estado una vez realiza el señalamiento de algunos puntos teóricos frente a la llamada *discrecionalidad técnica*, insistiendo en su existencia en el ordenamiento jurídico colombiano, reconoce en el caso en concreto y de acuerdo a la interpretación de las normas que se discute, un margen de valoración al órgano, dado sustancialmente por los criterios de naturaleza técnica a los que hace referencia los artículos 3, 4 y 8 del decreto 2636 de 1994. Pero una vez hecha estas apreciaciones señalara que dentro del expediente no se satisface las exigencias probatorias necesarias que permitieran controvertir la decisión técnica que tomó la administración, de tal modo, falla desfavorablemente las pretensiones del demandante.

Nos llama la atención esta sentencia, primero, porque a favor de lo que aquí hemos descrito, no es difícil creer que al interior del Consejo de Estado pueda asimilarse la tesis que proponemos de DISCRECIONALIDAD AUMENTADA, en la medida que aunque no sea una concepción univoca y totalmente desarrollada, se ha concibe la coexistencia de la discrecionalidad con los conceptos jurídicos indeterminados en un enunciado normativo, y la presencia de un margen discrecional en la concreción del concepto jurídico indeterminado, lo que hace más fácil la asimilación de la doctrina de la convergencia, pero por otro lado, nos resulta paradójica la decisión tomada, pues, a nuestro parecer a la misma línea final se llega, si en cambio de reconocerse -como se hizo- que el acto de otorgamiento de la licencia de explotación al tenor del artículo 8 de la ley 141 es una potestad discrecional, se toma como una potestad reglada, lo cual creemos es el camino correcto, pues los conceptos *técnicos* “manifiestamente inseguras” y “peligro inminente” más que ser de naturaleza indeterminada, se encajan perfectamente en la categoría de conceptos indirectamente determinados descrita por el profesor español Martín González, el primero, sería un concepto jurídico indirectamente determinado a la experiencia vulgar y el segundo, un concepto jurídico indirectamente determinado a la experiencia técnica.

Por otro lado, aunque la norma refiera “a juicio de la entidad”, connotación que demarca el derrotero para establecer la existencia de discrecionalidad, sí y solo si, se obtiene de la norma que esta conduce a la libertad de elección de motivos, creemos nosotros habrá discrecionalidad, de acuerdo a ello, una interpretación sistemática hecha de las normas estudiadas en la sentencia, nada nos dice, que exista esa libertad de elección de motivos, que hemos descrito como característica esencial de la discrecionalidad.

Si bien, a juicio de la corporación se determina que pueda otorgar licencia minera en los casos previstos en el artículo 58 de la ley 141 de 1994, ese juicio esta *relativizado* por conceptos indirectamente determinados, de modo que no goza de la libertad de elección de motivos, pues, conforme al artículo 8 del decreto 2636 de 1994, solo frente a “*explotaciones mineras consideradas manifiestamente inseguras, presenten peligro inminente para la vida de los mineros o cuando la autoridad ambiental no autorice la actividad, se hayan acumulado sobre áreas restringidas para la minería o de reserva especial o la autoridad ambiental no autorice la actividad, dadas las condiciones ambientales de la zona*” de lo contrario deberá actuar conforme a la potestad reglada contenida en el artículo 58 de la ley 141 de 1994, debiendo la administración dentro del término de un año otorgar la licencia, permiso o contrato. En conclusión, el caso bajo examen del Consejo de Estado encajaba en lo que el maestro español Eduardo García de Enterría entiende como una de la características de la potestad reglada, una remisión legal, era un problema de interpretación legal.

Pero aunque no estemos de acuerdo con las proposiciones jurídicas establecidas en la sentencia, nos resulta vital, como aporte en aras de demostración, que en presencia de un concepto jurídico indeterminado la discrecionalidad no se *relativiza o se sustituye*, sino, por el contrario, se aumenta (coexisten), lo que posibilita desmontar la condición de técnica de control de fondo de estos.

Ahora bien, en aras de no diluir el significado majestuoso que encierra el mensaje de la lucha contra las inmunidades del poder<sup>317</sup>, debe pasarse a referir estrategias que posibiliten cumplir con el control de fondo de la discrecionalidad simple y aumentada, lo cual creemos, es posible invocando la causal de falsa motivación, bajo la asimilación que la discrecionalidad sea un asunto concreto y real de *libertad relativa de elección de motivos*, y se materialice la exigencia de motivación en este tipo de actos.

## SECCION 2. EL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD AUMENTADA

En un escenario como el que representa el Estado social de Derecho<sup>318</sup>, donde la constitución política no es solo una carta de aspiraciones utópicas, sino, todo lo contrario, es un texto de

---

<sup>317</sup> Apropiación del mensaje que puede observarse recientemente, a título de ejemplo, en la obra del profesor Alexander Sánchez Pérez al proponer un control de legalidad sobre las normas blandas provenientes del poder de instrucción (cuarta zona de inmunidad jurisdiccional), que muchas veces quedan inmunes al control de los jueces, y que pueden crear daños a terceros. Véase: SÁNCHEZ PÉREZ, Alexander. Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial. Ed. Universidad Externado. Bogotá-Colombia. 2012.

<sup>318</sup> VILA CASADO, Iván. Fundamentos contemporáneos de derecho constitucional. 2ª ed., Ed. Legis. Bogotá-Colombia, 2012. Pág. 415, 416. El profesor señala que aunque pueda existir cierta ambigüedad frente a la noción *“en el derecho constitucional contemporáneo se ha venido generando consenso acerca de que el Estado Social de derecho es un nuevo tipo de Estado, que supera al Estado de Derecho pero que no lo niega. Tal afirmación coincide con la idea original de Herman Heller, para quien la diferencia entre uno y otro tipo de Estado radica en que el Estado de derecho atiende únicamente a la vertiente formal del principio de igualdad y prescinde de las relaciones reales de poder, mientras que para el Estado Social de Derecho lo decisivo debe ser justamente la igualdad en sentido material, por lo que tiene la obligación de corregir desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten efectivamente con una libertad y una protección judicial equivalentes a las de los socialmente favorecidos”*. En cuanto al sistema de garantías en el marco de la democracia sustancial véase: FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Ed. Trotta. Madrid-España. 2009 Pág.20,21. Por su parte el profesor Aleman Herman Heller sostendrá partiendo de la división económica en clases como condición de unidad del Estado y pregonando una función social del Estado, lo siguiente- *“la función del Estado consiste, pues, en la organización y activación autónomas de la cooperación social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un status vivendi común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica, la cual, en tanto no exista un Estado mundial, aparece delimitada por otros grupos territoriales de dominación de naturaleza semejante. (...) La determinación de la función de sentido, inmanente, del Estado es de importancia decisiva para la comprensión del mismo en todos sus detalles. Sin una referencia a la función de sentido del Estado, todos los conceptos de la Teoría del Estado y del derecho político aparecen vacíos de significado. El agnosticismo, que estima que no puede responderse a la cuestión del “fin” del Estado, conduce a la triste conclusión de que el grupo político sólo puede definirse por su instrumento, la violencia (así M. Weber, Economía y Sociedad, I, pp.55 s.). A esta doctrina, y con mayor motivo a las que*

razones políticas reales a cumplir, que adquiere una calidad de norma superior en la cual se contiene la validez y eficacia de todas las normas, y que el fin del poder público está supeditado para su legitimación en el estricto acatamiento de su funcionalidad social, sería contradictorio, establecer que la Administración cuenta con una herramienta como es la Discrecionalidad Aumentada, para gozar de una zona de inmunidad, en la cual puede hacerse lo que quiera, al mejor estilo de los déspotas medievales.

La necesidad de toda acción administrativa apoyada en la imperiosa tarea de cumplir los fines sociales y políticos programados por el cuerpo social, lleva consigo también la necesidad de un auto control y un control posterior de los jueces, con el fin que ésta no se torne en desproporcionada, arbitraria, y causante del rompimiento de la relación autoridad-garantías, en cual se apoya el ejercicio del poder público en el Marco del Estado Social de Derecho.

De modo que la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados, como el ejercicio de la potestad discrecional de tipo aumentada (que no es más que la asimilación de coexistencia de ambas instituciones y la negación de divergencia), que se desprende de ellos, debe estar sometida al respeto del mínimo de principios, que orientan, en primer lugar, la concreción del concepto, pues, estando en sede de la administración esta función, es deber de ella, *auto-controlarse*, con el no desbordamiento de la concreción del concepto que conduce a producir el efecto de aumento de la discrecionalidad, reconociéndose allí la aplicación del principio de *proporcionalidad* junto al *principio de juridicidad*, *principio de respeto de garantías constitucionales* y *principio de responsabilidad*, *satisfacción fines políticos y jurídicos del poder público*; Y en segundo lugar, a la admisibilidad de un control judicial que recae tanto en asuntos de forma como de fondo de la discrecionalidad Aumentada.

#### A. LO COGNITIVO Y LO VOLITIVO EN LA DISCRECIONALIDAD AUMENTADA

Se ha sostenido hasta aquí, que los conceptos jurídicos indeterminados no son instituciones que relativicen la discrecionalidad administrativa, en el entendido que la relativización se da por la condición de potestad reglada que implica su proceso de concreción, afianzado, en la tesis de la única respuesta correcta y del juicio disyuntivo. Argumentos que de una y otra manera —espero, haberlo logrado— ya fueron desmontados en el presente escrito.

A contrario, de una divergencia entre ambas instituciones, tanto, la potestad discrecional como los conceptos jurídicos indeterminados son instituciones similares, en cuanto, que escapan a un proceso exclusivo de subsunción, lo que permite reconocer más de una respuesta correcta y una libertad de actuación de la administración. De esto resulta, a diferencia de la tesis sostenida por

---

*sostienen que el poder es el “fin” conceptualmente necesario del Estado (por ejemplo, Thomas Hdwb. d. Staatsw., 1926, VII, p. 755), más que ser falsas les sucede que no nos dicen absolutamente nada. Pues todas las instituciones humanas despliegan poder, y si no se fija una función de sentido al poder específico del Estado, no es posible diferenciarlo de una gavilla de bandoleros, de un cartel del carbón o de un club deportivo”.* HELLER, Herman. Teoría del Estado. Ed. Fondo de cultura Económica. México. 1997. Pág. 221

Enterría<sup>319</sup>, que en el evento de encontrarse ambas instituciones en un enunciado normativo estos conceptos producen en la discrecionalidad un efecto de aumento.

La convergencia de ambas instituciones, se da en la admisión de lo volitivo en la concreción del concepto jurídico y del ejercicio de la potestad discrecional por parte de la administración. En este punto se desarrolla la tesis de encuentro, pues, recuérdese que la doctrina de la divergencia se apoyaba en determinar que lo discrecional es volitivo, mientras la concreción del concepto indeterminado es cognitivo. De allí, que una teoría que pretenda explicar un punto de encuentro que lleva a un efecto de aumento a la discrecionalidad por los conceptos jurídicos indeterminados, - como es lo deseado en este texto- deba como requisito *sine qua non* dilucidar en claro sentido la funcionalidad de lo volitivo en el proceso de concreción del derecho, y particularmente, del concepto jurídico indeterminado.

La discrecionalidad aumentada, refiere en primer sentido la existencia de una *discrecionalidad simple*<sup>320</sup>, que obtiene un proceso de aumento a gracia de la *coexistencia* en el enunciado normativo que otorga la potestad, de un concepto jurídico de naturaleza indeterminada, esto es que no es relativizada. De esta relación, que puede llamarse *relación en configuración normativa*, en cuanto que desde la norma se interrelacionan ambas instituciones, y de la interpretación de ésta, se declara el sentido de la discrecionalidad aumentada, traducible en el escenario de la práctica administrativa, en un margen plural de decisión a la administración, no atada a un juicio disyuntivo, y a una suerte de *tertium non datur* del concepto indeterminado.

De la lógica descrita, de la cual proviene la discrecionalidad aumentada, en este aparte del escrito se convierte en imperiosa necesidad desarrollar de manera más detallada la conformación del efecto de aumento en la potestad discrecional, con el fin de dilucidar el alcance del control judicial. El primer paso es reconocer que la conjugación de los conceptos en la potestad, se da por la similitud del criterio volitivo, siempre reconocido en las potestades discrecionales, y rechazado por la doctrina clásica en los conceptos jurídicos indeterminados, y que según vimos similitud asimilada por el Consejo de Estado, aunque no de forma clara y unívoca.

Considero, que lo volitivo en estos últimos, debe admitirse una vez ha sido desmontado la tesis del *juicio disyuntivo y el tertium non datur* –como quedo líneas precedentes referido.

Un segundo paso- el cual se dará en este aparte- es establecer la interrelación de ambas instituciones en tres escenarios teóricos específicos: el primero, la real existencia de lo volitivo en ambas figuras jurídicas que las hace transformarse en una sola, pero sin que haya sustitución o confusión, con el plus, que es el efecto de aumento provenientes de estas y cuyo contenido es volitivo; el segundo, se funda sobre una clara y necesaria distinción que debe hacerse entre concreción e interpretación; proceso de concreción que se predica exclusivamente en cuanto a los conceptos jurídicos indeterminados, y proceso de interpretación que implica la interpretación –valga la redundancia- del enunciado normativo que anexa en su cuerpo lo indeterminado del concepto y lo discrecional de la potestad: y el tercero, en el cual lo *volitivo* como *condición de*

---

<sup>319</sup> Recuérdese que el autor español sostiene que los conceptos jurídicos indeterminados son una modalidad de control de fondo de la discrecionalidad administrativa, posibilidad presentada, en cuanto que la concreción de estos encierran una potestad reglada.

<sup>320</sup> Discrecionalidad simple que es entendida por el hecho de no encontrarse en el enunciado normativo que establece la potestad discrecional a la administración incrustada un concepto jurídico indeterminado.



*convergencia de la potestad discrecional* se constituye en elemento sustancial o material dentro del proceso de concreción del concepto indeterminado, y de la interpretación del enunciado normativo de la cual brota la norma de discrecionalidad aumentada.

La concreción del concepto jurídico indeterminado debe ser anterior al proceso de interpretación del enunciado normativo, y esto es necesario referirlo, pues, la idea que la discrecionalidad se vea aumentada por el concepto jurídico indeterminado, es que éste ha sido concretado previamente a la interpretación que haga el operador jurídico de la norma. Sostener lo contrario, no sería admisible, o tal vez, sí, pero, con el resultado negativo desde la lógica práctica que no puede reconocerse un efecto de aumento, pues, no se sabría con anterioridad a ello, el alcance político y jurídico del concepto.

La doctrina española liderada por el gran maestro ENTERRIA, negará- *como hemos vistos*- implícitamente estas consideraciones, esto, porque los conceptos jurídicos indeterminados solo al admitir una única respuesta correcta, y al estar ajustado al marco de un juicio disyuntivo del cual no puede escaparse, se constituirán en técnica de control jurisdiccional de fondo de la discrecionalidad de la administración; desde esta concepción teórica este tipo de conceptos se presentan a posteriori del ejercicio de la discrecionalidad, o creo más claramente, que la doctrina estudiada en este escrito, más que desarrollar una tesis de control, lo que construye es una tesis de reemplazo de lo que se creía discrecional en concepto jurídico indeterminado.

La construcción de reemplazo de las instituciones (*por ello que en ENTERRIA sea vital diferenciar lo volitivo y lo cognitivo*), deja de lado, y no tiene en cuenta que ambas instituciones escapan a cualquier proceso de reemplazo, en cuanto siendo convergentes, se diferencian, ya que mientras uno es un concepto jurídico, imposible de interpretación, pero sí de concreción, lo otro, es una facultad proveniente de un enunciado normativo, por atribución o auto atribución normativa, y que desde la naturaleza del margen plural de decisión de lo discrecional forjado en la norma jurídica, ésta resulta del proceso de interpretación.

La discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados siendo instituciones convergentes, se diferencian en un aspecto esencial, primeramente, en cuanto su forma, pues el concepto es simplemente una palabra que pretende representar un hecho (ruina, interés público, etc.) un significado que siendo indeterminado, es posible de concreción; mientras, la indeterminación de la potestad de la administración se configura en un enunciado normativo, que en referencia a lo semántico y sintáctico del lenguaje, está conformado por varias palabras que se organizan en un orden lógico, que conlleva a la configuración de una facultad con margen plural de decisión, que desde lo concreto, se traduce en la libertad de elección de motivos.

Ahora bien, dentro de estas palabras (conceptos) que se ubican de manera sintáctica y semántica<sup>321</sup> en un enunciado normativo, pueden encajarse una de contenido indeterminado, indeterminación –como no podía ser de otra manera- que permite un margen amplio de concreción, traducible –palabras más, palabras menos- en la posibilidad de quien concreta de escoger un opción entre tantas posibles, pero eso sí, no permitiéndose extender u omitir la representación del hecho buscada por el concepto, esta condición es la ruta guía en el proceso de concreción.

---

<sup>321</sup> FERRAJOLI, Luigi. Epistemología Jurídica y Garantismo. Ed. Fontamara. México. 2006. Pág. 75 y ss.

En este sentido, debe ser inadmisibles considerar que el concepto jurídico indeterminado, de modo individual y aislado de todo enunciado normativo, pueda, constituir a la administración facultad de actuación alguna, llámese reglada o discrecional. Que el derecho sea lenguaje, precisamente, infiere que las órdenes y facultades que pretende transmitir, se de en oraciones, y no, solamente en una palabra, esto con el fin de imputar la consecuencia jurídica al supuesto de hecho. Desde esta lógica, es imposible sostener que el concepto jurídico indeterminado, logre *reemplazar* la potestad discrecional de la administración, imposibilidad traducible, en que este no pueda constituirse en modo de control de aquella. Pues, debe advertirse que la discrecionalidad consiste de antemano de una potestad establecida en una norma jurídica, es una proposición de tipo jurídica que refiere a la posibilidad que le asiste a la administración de elegir entre actuar o no, una vez se da la existencia de un hecho, que con anterioridad, fue concebido en el supuesto fáctico de la norma al cual se le imputo en sentido general una consecuencia jurídica. Todo lo contrario del concepto jurídico indeterminado, de cuya naturaleza de concepto-palabra no puede extractarse una facultad, pues, solo, como concepto, su función es lograr la representación de un hecho, de un algo, representación *cerrada* cuando es unívoca, refiriéndose con ello, la innecesaria idea de concreción por el aplicador del concepto, y *abierta* en los eventos que el concepto posee un margen amplio de representación en el cual es posible por el aplicador del concepto, encajar un hecho en ese *margen o espectro*; esto, es lo que entendemos en este escrito por la ejecución de un proceso de concreción, necesario en lo indeterminado e inadmisibles en la determinado de los conceptos jurídicos.

Ahora bien, puede y de hecho se presenta muy comúnmente en el ordenamiento jurídico, que en un enunciado normativo exista un concepto con una representación abierta, pero, que el enunciado normativo involucre una potestad reglada, o viceversa, que el concepto posea una representación cerrada, pero que el enunciado normativo oriente a la administración a un actuar discrecional, o en otro caso, la potestad es reglada y el concepto de representación cerrada, o la potestad discrecional y el concepto posee una representación abierta. En este último evento, en específico, se presenta la DISCRECIONALIDAD AUMENTADA.

Pero en todas las alternativas en ningún momento el concepto determinado o indeterminado *reemplaza la potestad administrativa*. Un concepto tiene como finalidad esencial representar un hecho o algo, mientras la potestad es la posibilidad en un margen reglado o amplio de actuar frente a la ocurrencia de un hecho. Esta es una diferencia esencial que no puede ser obviada, la negación de la tesis de *reemplazo* se funda, específicamente en esta esencia disímil de la potestad y el concepto, obteniéndose como resultado que en ella es admisible un proceso de interpretación, mientras en este es procedente la concreción. Instituciones que trataremos más adelante.

El sentido de convergencia que se ha sostenido en este escrito, refiere al contenido material de la discrecionalidad y el concepto indeterminado, que no es más que admitir que en la interpretación de aquella y en la concreción de éste, la administración cuenta con un criterio **volitivo**. Criterio cuya significancia en el plano práctico, refiere, a la posibilidad de escoger entre varias opciones, la mayoría acordes a derecho y por eso legítimas y legales, y, obviamente, controlables en sede jurisdiccional.

Las potestades en general, brotan de la determinación normativa previa, desde el principio de pre configuración legislativa, lo volitivo en ellas, proviene intencionalmente por el configurador de la facultad, lo intencional figurado en el verbo rector (puede o podrá) que comúnmente representa la discrecionalidad, allí, la concepción del *puede* para la administración identifica la existencia de un margen de decisión, de la escogencia entre actuar o no actuar, sin que esto signifique una actuación descontrolada y arbitraria, la *mensurabilidad* exigida conduce a su limitación.

En la doctrina especializada se ha discutido la ubicación de la discrecionalidad, pues, para algunos, se presentaba en el supuesto de hecho, otros, en la consecuencia jurídicas y otros, sostenían que era un asunto de copula o verbo rector.

Este debate en cuanto a la ubicación de la discrecionalidad en el marco *tri-elementista* de la norma jurídica, no cobra mayor importancia desde una óptica que podríamos titular *esencialista y desde lo concreto*, pues, más allá de que la discrecionalidad sea un asunto de supuestos de hecho, de consecuencias jurídicas o copula, todas conducen a lo mismo: la discrecionalidad admite a la administración escoger entre varias opciones, que resultan ser jurídicas y válidas. De este modo, el debate queda desechado- desde mi opinión – a criterios que por más que se acoja una u otra tesis, ninguna desconoce la naturaleza jurídica en lo *concreto* de la discrecionalidad administrativa.

El reconocimiento de esta naturaleza jurídica de la discrecionalidad, se logra, diferenciándola de la potestad reglada, traducible, esta última, durante décadas, en un mero proceso de subsunción normativa, de silogismo jurídico, o de aplicación del derecho. Lo reglado implica referente a la subsunción como característica esencial, que la actuación administrativa es jurídicamente admisible o legalmente viable, cuando se logra encajar el hecho (premisa menor) en la norma jurídica determinada (premisa mayor), no lograrlo, hacerlo erradamente, o hacer lo contrario, se constituye en un actuar antijurídico controlable por el juez contencioso. Con este margen tan estrecho, fundado en la *única solución justa* del caso reglado, se le niega – y *prohíbe, a razón del principio de legalidad*- a la administración un actuar *volitivo*, imponiéndole un funcionamiento cognitivo o de aplicación.

Lo *volitivo* desde el escenario de actuación de la administración, se configura en la existencia de un margen de decisión amplia y no estrecha, de la negación de una única solución justa, representado en la potestad discrecional, mientras, lo *cognitivo* se configura en el proceso estricto y cerrado de particularización del derecho, de subsunción de un hecho a la regla y de la no escapatoria de la única solución justa pre establecida en la norma que atribuye la facultad, so pena, de un actuar antijurídico y reprochable judicialmente en sede contenciosa, lo cognitivo se representará en su comienzo en la potestad reglada y posteriormente en los conceptos jurídicos indeterminados, aunque siendo esto último improcedente- *como se ha advertido en este aparte*-.

*Volitivo* es la posibilidad de estimación subjetiva de la administración, presente en la norma que atribuye la potestad discrecional, no puede ser de otra forma, más aún cuando se rechazó hace un tiempo la doctrina de la vinculación negativa al principio de legalidad, y, en la adopción de la tesis Kelseniana de la vinculación positiva.

Desde lo volitivo, la discrecionalidad no se traduciría en un asunto trascendental de ubicación dentro de la estructura de la norma, sino, que se traduciría en un momento anterior a la creación del acto administrativo. Como se presenta para Alonso Más, la discrecionalidad consistiría en la

*valoración de los hechos*.<sup>322</sup> En ese sentido, volitivo, es un momento de actuación que se concreta en la elección de la consecuencia jurídica, momento que se traduce en actuar o no, y de optar en actuar, la escogencia entre una y otra consecuencia<sup>323</sup>

Lo volitivo -en ese orden de ideas- guarda total conexión con la *existencia y calificación* de los hechos, para ALONSO MAS, existencia y calificación, son dos cosas distintas, mientras la primera hace relación en el plano de la realidad, la segunda, se ubica en el plano de lo intelectual. Como la precepción de la existencia de la realidad en los humanos se da a través de los conceptos, lo perceptible conduce luego a la calificación jurídica, demarcándose la realidad desde el punto de vista de la norma, condicionando ésta la percepción de la realidad, forjando a su vez el sentido de aquélla<sup>324</sup>.

De acuerdo a esta concepción la autora resalta la importancia de diferenciar entre valoración y apreciación de los hechos, esta última, hace relación a la capacidad de la administración para concretar el hecho que se supedita a un valor ya pre establecido en el ordenamiento jurídico, o, en el caso de presupuestos fácticos cerrados que contienen conceptos cuya aplicación implica contrastar una serie de hechos sin que esto suponga ponderación de valores.<sup>325</sup> La apreciación supone en una u otra forma, que los valores están pre-constituídos en el ordenamiento jurídico, así, la apreciación que hace la administración desde un comienzo está orientada en la base de un valor dado con anterioridad en el ordenamiento jurídico, imposible de desconocer, por ello que el control judicial de esta actuación, no recaiga sobre los distintos hechos constatados, sino que se dirija la atención en la materialización de la actuación administrativa al cumplimiento del valor pre-determinado.

Por el contrario, la *valoración de los hechos* se presenta por la inexistencia de valores pre-determinados en el ordenamiento jurídico, esta inexistencia, precisamente, posibilita a la administración a determinar en una libre escogencia los valores a proteger a los cuales se dirige su actuación.

En palabras de ALONSO MÁS-

“existe pues, desde el punto de vista de la norma, una diferencia entre apreciación y valoración de los hechos, ya que en la primera el valor a proteger está explícitamente determinado o es determinable por simple vía interpretativa, mientras que en el segundo caso parece haber una remisión a la Administración para que determine cuáles son los valores a proteger, o bien para que pondere los distintos valores o

---

<sup>322</sup> ALONSO MÁS, José María. La solución Justa en las Resoluciones Administrativas. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia -España. 2007. Pág. 173

<sup>323</sup> *Ibíd.* Señala el autor que de ese modo se niega toda discrecionalidad de juicio, pues, es solo admisible una discrecionalidad de actuación. “en este sentido se pronuncia, entre otros, GALLEGO ANABITARTE, para quien esa discrecionalidad de actuación se sujeta al principio de igualdad y al interés público; de manera que, en su opinión, los límites jurídicos de la misma son más tenues que los de la llamada discrecionalidad de juicio. Pues bien, en primer lugar, el interés público y el principio de igualdad no son los únicos límites a la discrecionalidad, sino que lo son también todos los principios generales del derecho, como la congruencia y la razonabilidad”

<sup>324</sup> *Ibíd.* Pág. 175

<sup>325</sup> *Ibíd.* Pág. 154

intereses que han de tenerse en cuenta. Que esta diferencia deba o no traducirse en un diferente alcance del control judicial, dependerá, de una parte, de si es posible o no en todo caso acceder por vía interpretativa a la determinación de los valores o intereses que la norma quiere proteger, y, en segundo lugar, de si es o no posible reducir a una cuestión jurídica la determinación de cuál sea la ponderación de intereses más adecuados y correcta en cada caso.

Creemos que la noción de apreciación se verá mejor con el ejemplo del acceso a la función pública. En estos casos, es posible que en un determinado baremo de méritos para un concurso aparezcan elementos predeterminados normativamente y otros que no lo estén – los correspondientes al apartado dedicado a otros méritos. Pues bien, a pesar de esta aparente indeterminación, el órgano administrativo no podrá tomar en consideración cuestiones ajenas al mérito o la capacidad a la hora de la determinación del más idóneo-. En estos casos, aun habiendo elementos del presupuesto de hecho no determinado de manera taxativa y clara, hablaremos de apreciación de los hechos

Observemos, por otra parte, que sólo existe una consecuencia jurídica válida: hay que elegir a quien reúne mayor capacidad y méritos para cubrir determinada plaza. Así, en estos supuestos, no cabe en absoluto hablar de discrecionalidad, tal como la define la exposición de motivos de la L J C A

De este modo, la apreciación de los hechos, desde nuestro punto de vista, se dará tanto en los casos de presupuestos de hecho abierto- esto es, aquellos en que la norma no determina todas las circunstancias de hecho a tener en cuenta o bien considera que no todos los elementos normativos de ese presupuesto de hecho constituyen una *conditio sine qua non* para la emisión de un acto con determinado contenido- como en aquellos otros en que, aun siendo cerrado, dotado sólo de elementos explícitos, cada uno de los elementos de ese presupuesto pueda estimarse de mayor o menor peso con un cierto margen, siempre que sólo exista un valor de interés público atendible y además el mismo se halle explícitamente o implícitamente recogido en la norma. También incluso cuando el presupuesto de hecho se forme por un solo elemento explícito pero cuyos componentes deban ponderarse, siempre que se halle predeterminado el único fin de la norma.

En cuanto a la diferenciación que trata la autora, de la valoración y la apreciación, consideramos que no es necesaria, en la medida, que no todos los valores son admisibles en el marco del derecho, pues, podría pensarse como valor *el beneficio de pocos, o la extensión de injusticias a los más ricos*, solo es posible el reconocimiento de una actuación jurídica cuando esta no va en contravía de valores del ordenamiento jurídico, nótese por ejemplo, como el valor del no abuso del derecho, o de la proscripción del enriquecimiento sin justa causa, constituye un límite a un actuar arbitrario, que de ser así, es posiblemente objeto de control jurisdiccional.

Lo anterior quiere decir, que si se trata de entender que la valoración se diferencia de la apreciación, por el hecho de que el primero permite a la administración apoyarse en la configuración de un valor no dado en la norma, bien de manera expresa o implícitamente, y a posterior, resulta que la actuación difiere una dificultad de control judicial, a diferencia de la

apreciación, esto no es posible conservarlo desde la óptica del estado de derecho y estado social de derecho, pues, se entiende que las actuaciones de la administración no solo son la materialización del deseo frívolo de la administración, sino que esta obedece a mandatos del constituyente estipulados en la norma superior, puede decirse, que de allí parte la proscripción a la arbitrariedad, pues, ninguna autoridad estatal puede ir en contravía de estos valores recogidos de una vez en la constitución, texto no solo de gran contenido político, sino Normativo.

Pero resulta útil, reconocer que la *concreción* de un concepto indeterminado no puede darse aisladamente, pues, debe darse con base en valores, y conforme a los presupuestos facticos explícitos o implícitos de acuerdo a la estructura del enunciado normativo el cual se interpreta.

Pueden existir valores que se encuentran o valores que debe reconocerse, en ese sentido, considero, es admisible la diferenciación de valoración y apreciación, es decir, que se reconoce que en algunos momentos la norma en su conjunto dirige la actuación de la administración hacia un valor específico, puede ser el caso, de la determinación del concepto de *funcionario competente* en un proceso de elección de servidores públicos, la concreción de este concepto, deberá orientarse hacia el valor de mejor servicio, valor que es en últimas el que cuenta para elegir un funcionario por concurso, puede notarse como en este caso, el valor conduce la orientación de concreción del concepto, pero esto no significa que exista una única respuesta correcta, pues, el funcionario competente puede *representar* varios hechos, como es el de mayor experiencia, el de mayor estudio, el de mayor conocimiento, o el de mejores capacidades humanas, hechos cada uno por separado puede llegar a representar un funcionario competente no rayando con el valor del mejor servicio, pues particularmente cada uno de estos puede llegar a lograr el mejor servicio esperado como valor de la actuación de la administración. Lo anterior, es un caso de apreciación de los hechos.

Se entiende que la valoración opera por la inexistencia de manera explícita o implícita de un valor, permitiéndose a la administración establecer el valor al cual orienta su actuación, posición con la cual no estamos de acuerdo, pues consideramos que los valores ya están pre establecidos en el ordenamiento jurídico, no procediendo configuración distinta de lo que están allí, pero, es procedente la concepción de valoración, sí, se adapta al hecho de existir varios valores, la administración puede escoger uno entre estos.

Referido esto, es posible reconocer importancia a la concepción de valoración, en cuanto que algunas veces la actuación de la administración supone por la inexistencia un valor concreto en la norma, que, el actuar desplegado por ella, implique el choque entre valores de igual importancia y reconocimiento en el ordenamiento jurídico, bajo ese aspecto, la valoración del hecho, conduce a la ponderación de valores en juego, y la escogencia de uno de estos por encima de otros jurídicamente posibles.

Esta valoración de hechos, de la que hablamos puede explicarse en la actuación que lleva a cargo la administración en caso de autorizar la demolición de una *casa antigua* con el fin de promover el *desarrollo* del sector de la ciudad, puede notarse como el valor cultural que representa la *casa antigua*, choca con el valor de desarrollo territorial, desde esta premisa, la administración valora los hechos, relacionándola con la valoración del concepto de *casa antigua y desarrollo territorial*, esto implica que conforme se acuda al valor respectivo, se orienta la valoración de los hechos. Solo en este sentido consideramos aceptable la diferenciación entre valoración y apreciación.

Según ALONSO MÁS de acuerdo al tribunal Español la diferencia entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados es un asunto de interpretación. Aquella, se representa en una simple discrecionalidad de actuación, reduciéndola a la consecuencia jurídica, es, por lo tanto, un proceso volitivo, a diferencia del concepto jurídico indeterminado, que aparece como un proceso interpretativo, pues, sostener que el contenido del concepto se rellena a través de un acto de voluntad no sería un concepto<sup>326</sup>.

Pero a diferencia de la tesis sostenida por el tribunal Español, ALONSO MAS, cree que la discrecionalidad no se puede ubicar ni en el supuesto de hecho ni en la consecuencia jurídica, se da antes de esto, encontrándose en realidad en la *causa*, significando este hecho que la discrecionalidad sea un juicio y no un acto de voluntad, siendo determinado juicio el mejor en la medida que el razonamiento jurídico lo permita<sup>327</sup>, no es pues, la discrecionalidad, un asunto de pluralidad de soluciones justas, sino en la pertinencia del razonamiento jurídico utilizado.

Nos apartamos de esta postura, en cuanto como reconocimos en el capítulo anterior el elemento diferencial entre potestad reglada y discrecional, consiste desde lo concreto en la libertad de elección de motivos, no en la decisión misma, ya que éste es un momento posterior a aquella, así, la discrecionalidad consiste en la habilitación jurídica proveniente del ordenamiento a la administración, que le permite motivar su decisión en un margen amplio que no es absoluto e ilimitado, sino, relativo, pues, lo que conduce a la administración a tomar determinada consecuencia *imputada* a un específico hecho pre establecido en la norma, no es una libertad de decisión o valoración de los hechos, pues existen algunos momentos (elección funcionario en vacante de cargo de categoría de libre nombramiento y remoción, o de periodo fijo como es el caso de contralores y personeros), de los cuales no puede predicarse valoración de los hechos, en la medida que el hecho no es susceptible de valoración o apreciación, allí el valor de la decisión no es producto de la valoración de los hechos, sino de la posibilidad dada a la administración para tomarla desde un margen amplio de motivación.

Se ha sostenido en la doctrina española como dice el profesor colombiano HUGO ALBERTO MARIN HERNANDEZ, quien refiriendo a BELTRAN DE FELIPE clasifica los distintos significados de discrecionalidad, en dos tipos de conceptos, por un lado, positivos o materiales, y por el otro, negativos o formales<sup>328</sup>, los primeros, entendiendo la discrecionalidad como aquella que refiere a la libertad de interpretación o determinación del interés general a un caso en concreto, y, los segundos, enfatizando en el margen de libertad de actuación o autodeterminación de la administración en los casos de indeterminación, imprecisión o escasa densidad regulativa de las normas que regulan algunas de las actividades de la administración<sup>329</sup>.

---

<sup>326</sup> Ibíd. Pág. 295. Debe no obstante tenerse en cuenta cuál es la significación de esa “unidad de solución justa”. La misma presupone, simplemente, que a una determinada situación de hecho un concepto es aplicable o no lo es, pero la proposición que asocia el concepto a esa situación de hecho no puede ser verdadera o falsa al mismo tiempo. Creemos que la malinterpretación de esta doctrina ha llevado a algunos autores-como veremos- a rechazarla sin causa suficientemente justificada.

<sup>327</sup> Ibíd. Pág. 303

<sup>328</sup> MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. Pág. 142, 143

<sup>329</sup> Ibíd. Pág. 175

Refiere el autor una tercera vía, en la que estaría su concepción propia de la discrecionalidad, que se traduce en la conexión algunos criterios de los significados formales con los materiales, de modo MARIN HERNANDEZ reconoce la discrecionalidad como

“el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad o la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos- aun de componente extrajurídico- en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima de satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico”<sup>330</sup>

La referencia que se hace a la libertad decisional orientada a la apreciación e integración del interés público a un caso en concreto, no alcanza advertir y *conceptualizar* con detallada precisión qué es la discrecionalidad, considero, que se hace necesario *bajar un peldaño más* en la búsqueda de la definición concreta de la potestad discrecional, son insuficientes estas definiciones formales, materiales, como de *tercera vía* en alcanzar la concepción especial de la discrecionalidad, en definir lo que realmente es, y para alcanzar este objetivo, el mejor método es diferenciar lo reglado a lo discrecional.

Qué hace que una potestad sea reglada y qué hace que sea discrecional; hallar cuál es el punto que produce diferenciar la una de la otra, es un asunto que NO se agota en la referencia al posicionamiento de la discrecionalidad dentro de la estructura lógico-formal de la norma, ni la referencia a la libertad de decisión con relación al interés general, ni tampoco, lo será en cuanto a la existencia formal del verbo *podrá o deberá* en el enunciado normativo, todas estas significaciones descubren una característica y un efecto –si puede decirse de esa manera- de la discrecionalidad en contra sentido de lo reglado, pero no logra conducir al *verdadero significado de qué puede ser discrecional para la administración*.

El escalón pretendido invita a reflexionar más allá de las consecuencias habilitantes que produce lo reglado y lo discrecional en la administración, considero como se ha referido en el capítulo anterior de esta obra, que lo reglado es diferente *sustancial y formalmente* a lo discrecional en el elemento meta-normativo **MOTIVO**.

Que en la potestad reglada la administración se someta a la toma de una decisión a través de un proceso de subsunción normativa, de la cual no puede escapar a contrario de que su actuar sea antijurídico, se da porque el *configurador* de la potestad, previamente *trabó al supuesto de hecho una consecuencia jurídica, imputación* posible por el hecho del motivo expresado en la norma, el cual niega a la administración cualquier acto volitivo contrario a ese motivo. Por el contrario, en la potestad discrecional el configurador permite a la administración optar libremente – obviamente en un margen aceptable del derecho y los fines del estado- para plantear motivos cuyo contenido pueden ser elementos jurídicos o extra-jurídicos, de esta libertad en cuanto a los motivos se

---

<sup>330</sup> Ibíd. Pág. 177



desprende la libertad de decisión, de modo, que no es esta, sino aquella la que permite reconocer la existencia de una potestad discrecional.

Como se ha dicho el MOTIVO es un elemento meta normativo, y en ese sentido la discrecionalidad es un proceso anterior a cualquier acto de concreción o *relleno* del supuesto de hecho, ni tampoco lo será de la existencia de una libertad en cuanto a la escogencia entre indiferentes consecuencias jurídicas, piénsese por ejemplo, en el caso de elección de un funcionario en el cargo de libre nombramiento y remoción solo existe – a suerte de juicio disyuntivo- una consecuencia jurídica aceptable, traducible en el deber de nombrar un funcionario, la administración no puede negarse a no hacerlo, o escoger entre nombrar varios en el mismo cargo.

Bajo esta premisa del elemento meta-normativo, la concreción de la libertad en la elección y conformación del motivo, no se da en la determinación del supuesto fáctico de la norma, sino en algo en concreto, siendo eso concreto, el acto administrativo, el cual en su forma debe contar con la motivación, pues, nótese que en sede jurisdiccional no se controla la potestad, imposible de controlar en un sentido particular, sino solo como entendido de una norma general abstracta y general, susceptible de control constitucional o legal (este último en sentido general y nunca particular), de ello, que el control judicial que se predica sobre la potestad reglada, discrecional y de la que hemos definido como discrecionalidad aumentada, no recae sobre la norma propiamente, sino de su extracto o fruto- el acto administrativo.

La potestad cualquiera que sea no puede ser controlable en un juicio particular de legalidad, es, el acto administrativo, consecuente del ejercicio de determinada potestad en el que recae el control del juez de lo contencioso.<sup>331</sup>

Como se ha entendido la discrecionalidad aumentada es el producto del encuentro de los conceptos jurídicos indeterminados con el tipo de potestad discrecional, el efecto de aumento se predica por el hecho que este tipo de conceptos al admitir más de una respuesta correcta, que se concreta exactamente en la posibilidad de relacionar diferentes hechos al concepto, pues, precisamente, la indeterminación de estos se refiere a la *abierta* posibilidad de *representación* sobre hechos que pueden encajar perfectamente en dicha representación, pretendida por el concepto. La indeterminación se diferencia de lo determinado, en la medida en que en esta última condición, se ha hecho por el constructor del concepto la relación de representación entre el concepto y el hecho que se pretende representar, es un margen cerrado de representación, en el cual no es posible un criterio de elección de hechos que encajen en la representación perseguida por el concepto, pues, este desde su nacimiento, ya lo ha configurado.

Lo volitivo de la administración en el campo de los conceptos jurídicos indeterminados es posible, a gracia, que existe un *campo o margen de voluntad* para que la administración encaje (arrastre) un hecho en el espectro de *representación* del concepto, por ello, que no resulte como lo ha afirmado algún sector de doctrina especializada, imposible e improcedente, que en la concreción de un concepto jurídico indeterminado la administración actúe volitivamente en cambio de cognitivamente, no se trata el proceso de concreción de estos conceptos, según entendemos, de un acto cognitivo, de descubrimiento o interpretación, si eso fuera así, más allá de la pregunta

---

<sup>331</sup> PENAGOS, Gustavo. Nombramientos e insubsistencias discrecionales, partidistas o arbitrarios. Ed. Doctrina y Ley Ltda. Bogotá- Colombia, 1998, Pág. 97,98

obvia (¿por qué el legislador no determino el concepto, desde su nacimiento?) se imputaría naturaleza jurídica distinta al concepto indeterminación. De la indeterminación solo puede predicarse la real existencia de un *espectro de representación del concepto sobre una variada posibilidad de arrastre indiferentes hechos en este específico espectro*.

Es por eso, que nos apartamos de las tesis que sostienen que la discrecionalidad es un asunto volitivo, mientras, los conceptos jurídicos indeterminados, pregonan un acto cognitivo. No hay tal diferencia, ambas instituciones desarrollan un escenario *volitivo* para la administración, en aquella, es identificable con el margen relativo de libertad de elección entre los motivos que apoyan una decisión específica; y, en estos, lo volitivo se representa en el acto de concreción que no es más que conducir un hecho (no establecido de antemano en la norma, como ocurriría con los conceptos determinados) al espectro de representación provocado por la naturaleza misma de la indeterminación, obteniendo que el concepto indeterminado, en específico asunto, representa un hecho en particular, acto resultado de la voluntad de la administración y no de un criterio cognitivo, entender algo diferente a lo aquí planteado, es lo que –en mi opinión– ha conducido a referenciar los conceptos jurídicos indeterminados con la potestad reglada, lo cual es desacertado, por empantanar la real y obvia naturaleza de estos conceptos.

Concretar es encontrar esa conexión de lo representado por el concepto que está allí para representar esa realidad. Los conceptos jurídicos representan realidades y posibilitan la toma de decisiones políticas, judiciales, o jurídicas-interpersonales (celebración de un contrato, p.ej.); sin estos conceptos, bien sean determinados e indeterminados, sería imposible la representación de realidades concretas para el derecho, y toma de decisiones con implicaciones en la vida social y jurídico-políticas de los hombres.

Los conceptos jurídicos determinados, no ofrecen mayor dificultad en su tarea de representación y en su uso como fundamento para la toma de decisiones, pues, desde el *creador del derecho*, ha sido establecido su alcance, que se traduce en no poder extender su contenido, más allá de lo expuesto en la norma, el proceso de concreción de estos conceptos resulta por ello en un proceso de subsunción del que resulta solo una respuesta correcta, que es, precisamente, la expuesta de manera previa en el enunciado normativo.

El derecho está orientado al desarrollo de la vida, en el caso de la administración está busca lograr un mejor vivir para la comunidad, la vida es así el fin al que debe orientarse el derecho, la vida es algo complejo, dentro de ella se desenvuelve un mar de diversas posibilidades, en ese sentido, el derecho, sus tesis y juicios se formulan dentro de ciertos márgenes de posibilidad y nunca de un modo exacto, así, la verificación de la afirmación jurídica es un problema específico, y por consiguiente, exige una decantación de fondo, tanto lógica como metodológicamente.

Para KARL ENGISCH la ciencia jurídica es una ciencia práctica, de modo que el derecho y su conocimiento están al servicio de la vida, es así, que debe reconocerse un *valor vital y no solo un valor expositivo o didáctico al derecho*<sup>332</sup>

La solución en el mundo del derecho, evoca siempre un problema de conservación de la unidad del ordenamiento jurídico, traducible primeramente en la permanencia de decisiones que no

---

<sup>332</sup> ENGISCH, Karl. La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales. Estudio preliminar, epílogo y traducción Juan José Gil Cremades. Ed. Comares, S.L, España, 2004. Pág.30 (estudio preliminar)

desmaterializan o dinamitan el principio formalista de seguridad jurídica del derecho. La integridad de la unidad, refiere al criterio de sistematización del derecho; el proceso de concreción en los conceptos jurídicos indeterminados para que sea válido jurídicamente, no debe desconocer estas premisas fundamentales del ordenamiento jurídico.

El sentido unitario del derecho como plantea ENGISCH es un asunto de unidad de sentido, pues el derecho es un todo, de la justicia, de la idea correcta que plasma en los conceptos fundamentales, en los principios directivos, en las instituciones del ordenamiento jurídico, por ello se rechaza un sistema axiomático puramente formal de los conceptos jurídicos, deducidos unos de otros<sup>333</sup>; esto significa una falta de pureza en el sistema, que el método axiomático pretende desconocer y absorber al derecho en una ciencia exacta.

El derecho no cuenta con axiomas que rijan la formación de los conceptos jurídicos, que conduzcan a una certeza con sabor de pureza, por ello que en el razonamiento jurídico se incluye asimismo elementos cognoscitivos de carácter material<sup>334</sup>. Frente a esto es admisible siempre en todo criterio volitivo un ingrediente cognoscitivo material que evoca por el reconocimiento de estos elementos materiales.

Que el derecho sea un sistema y el principio de unidad de sentido implica el respeto por principios inmanentes que en su conjunto conforman un sistema, pues, es un sistema dotado de sentido, *constituido por principios directivos vinculados entre sí, y que se sirve, para su realización, de determinados conceptos y criterios de decisión, a los que no puede exigirse un carácter general o total*. En este contexto, todo acto volitivo requiere un acto cognitivo, o lo que es lo mismo, no existen a gracia de la unidad del ordenamiento jurídico, actos volitivos puros, todos están supeditados a juicios cognoscitivos previos.

Ahora bien, la unidad como principio estandarte no solo debe predicarse de lo que debe ser el ordenamiento jurídico, sino también del ser, y particularmente, esta se conserva con la seguridad jurídica que se cumpla en el proceso de *paso* de la norma general al caso en concreto, realizado por el aplicador del derecho, este es un proceso más allá de la norma fundamental de la relación sistemática y de unidad entre la norma general y la norma concreta; para el autor que venimos tratando la idea de sistema se pone en evidencia en la aplicación del derecho, en el evento de determinar los contenidos normativos de decisiones concretas, allí, se debe observar que el derecho está conformado por principios e ideas jurídicas que son puntos de vistas valorativos de general observación, pero en ningún momento conducen a afirmar la existencia de una verdad jurídica, ni a una idea de normas correctoras, sino en este caso de *concreción* de la norma general en un caso en concreto, operará ideas orientadoras más que correctoras de la concreción, con el fin de no apartarse del sentido (unidad) del ordenamiento jurídico.

Los conceptos cualquiera que sea, es relativo en sus contenidos, pues, mientras los determinados pueden mutar su representación en otra cosa, como podría ser el concepto de matrimonio, que una vez se autorice a las parejas homosexuales suscribirlo, el concepto representaría automáticamente no solo la convivencia en un vínculo jurídico entre hombre y mujer, sino entre dos personas del mismo sexo. Lo relativo en los conceptos jurídicos indeterminados se representa

---

<sup>333</sup> Ibíd. Pág. 33 (estudio preliminar).

<sup>334</sup> Ibídem.

en el *espectro de representación*. Lo que acontece en los determinados, es que su aplicación se somete a un acto de constatación en el cual se niega toda posibilidad al aplicador del derecho de valorar las distintas opciones, a diferencia de los conceptos indeterminados cuyo límite es lo que racionalmente sea posible encajar un hecho en el espectro de representación, así, no es posible reconocer cualquier hecho como interés público, urgencia manifiesta, o justo precio.

De acuerdo a esto, lo volitivo no implica un proceso de mera voluntad sin la existencia del reconocimiento y proceso de *valoración*, que de acuerdo en lo dicho por ALONSO MAS sería en dos sentidos, uno de valoración y el otro de apreciación, significa que por más que sostengamos que la discrecionalidad como los conceptos jurídicos indeterminados es un asunto VOLITIVO no puede desconocerse en el proceso de la creación y ejecución de esa voluntad se presentan un ejercicio de valorabilidad, de ponderación entre varias opciones, admisibles todas por el ordenamiento jurídico, valorabilidad que aterriza en la discrecionalidad en la elección de los diferentes motivos que puede acoger la decisión de la administración y tornarla en jurídica, y, en los conceptos jurídicos indeterminados en el acto de concreción, de implicación del hecho en el *espectro* de representación.

De tal modo, la concreción del concepto jurídico indeterminado, se alinea al respeto de los principios de unidad del ordenamiento jurídico, en el acto de no admitirse el encajamiento de indiferente hecho en el espectro de representación del concepto indeterminado, téngase en cuenta, que conceptos de esta naturaleza, como urgencia manifiesta o interés público, no representarían cualquier cosa, en el primero no puede ser una simple lluvia, o un día soleado, en el segundo, no puede ser el hecho de tomar dineros del Estado para la comprar de la casa del alcalde, por ejemplo. Esto es precisamente, porque en esta línea de la lógica de unidad del ordenamiento jurídico, los valores políticos y jurídicos de la colectividad llevada a la construcción de la institución Estado, y traducida en conceptos jurídicos que sustentan decisiones jurídicas concretas, se revela el respeto por las ideas jurídicas y principios generales que se consideran como puntos de vistas valorativos de general observación.<sup>335</sup>

Así en el proceso de concreción lo volitivo de la conducta de la administración se relativiza por el margen axiológico que encierra el derecho, es un asunto de contenidos, lo valido, lo justo y lo jurídico, asuntos relativos, que lo son y serán en la medida que se relacionen y respeten los valores del ordenamiento, estipulados, como no podía ser de otra manera en la norma superior.

Ahora bien, esto no quiere decir, como lo plantea ENGISCH que exista una verdad jurídica el derecho que produzca un principio de corrección de las decisiones jurídicas. Frente a este punto me detengo exclusivamente en afirmar que una decisión es jurídica -sí y sólo sí- encaja en lo que se entiende por derecho, y que se entiende por tal, es un asunto de *contenidos*, que se logra estipular a -veces con cierta claridad- por el principio que el maestro GUSTAV RADBRUCH reconoció como el mínimo de contenidos del derecho, que se traduce en el respeto por los derechos humanos.

Pero esto no es que se trate de convencer a un auditorio, formulando una concepción de salud jurídica en las decisiones de derecho, debe traducirse este contenido en algo en concreto, y respecto a ello, entiendo, que lo concreto se representa en la relación equilibrada que debe

---

<sup>335</sup> Ibíd. Pág. 35 Estudio preliminar.

existir en el Estado Social de Derecho, entre autoridad y garantías, significa que toda interpretación del derecho, toda toma de decisión administrativa, y particularmente, todo actuar discrecional y concreción de un concepto jurídico indeterminado, debe tener presente como sustento un motivo que no puede ser otro, que un motivo racional jurídico, tal vez, no exista una verdad jurídica, pero sí existen los fundamentos necesarios para reconocer la ruta que deben seguir las decisiones para que sean jurídicas.

Esta ruta está fundada sobre tres grandes pilares: i) reconocimiento y particularización en cada caso en concreto de los valores y principios constitucionales y del derecho ; ii) particularización y ponderación en cada caso en concreto de los derechos fundamentales (en un sentido amplio) y de los principios del ordenamiento que llegasen a ser afectados por la decisión a tomar (nótese que este ha sido un argumento de la corte constitucional para proferir fallos de inconstitucionalidad con efecto diferido)<sup>336</sup>; y, iii) la aceptación desde la consagración efectiva de los pilares tratados anteriormente (i) y (ii) en el marco del control judicial de las decisiones.

Lo jurídico se constituye en sí en la efectivización de los tres pilares descritos, de modo que el proceso de concreción, que no es más que trasladar un hecho (no cualquiera) al espectro de representación creado de la naturaleza de lo indeterminado, para que sea jurídico debe estar sustentado el acto de *traslado* en la valoración de estas tres condiciones, es por ello, que lo volitivo nunca será absoluto en el derecho, siempre, juega un papel decisivo en ello la valorabilidad de la conducta, pues, lo que se busca no es cualquier conducta, sino una conducta que sea jurídica.

Aunque existan -y se predica de hecho- las mismas razones de lo que llega a ser jurídico en temas de la discrecionalidad, su aplicación o su ejercicio -si se quiere ver de ese modo- por parte de la administración no puede llegar a darse por un acto de concreción, pues, lo discrecional predica la existencia de un margen de libertad en la elección del motivo, que no puede ser cualquier, como quedo dicho atrás, y no solo se trata de *trasladar un hecho al espectro de representación*- que es lo que ocurre con los conceptos jurídicos indeterminados. La discrecionalidad se construye y proviene de la misma norma, no puede haber discrecionalidad por fuera de ella, de modo que, aceptando como es lo más correcto hacer en nuestras días, que el derecho es lenguaje y que la norma es el resultado de un proceso de interpretación de un enunciado normativo, que se representa ante nuestros ojos en la forma de palabras semántica y sintácticamente ordenadas, la discrecionalidad no es más que el producto de la interpretación de un enunciado normativo, que podría expresar desde el comienzo su existencia, o ser un asunto implícito a ella.

Sin pretender hacer un tratado de este tema, pues escapa a lo que este sencillo escrito ha planteado desde el comienzo, nos detendremos, en este punto, para dar una breve concepción del acto de interpretar en el derecho, y de explicar luego la relación de este acto con la existencia de la potestad discrecional, pues, como se ha advertido líneas precedentes, reconocemos que más que la discrecionalidad ser un asunto de forma es un problema de contenido, que desemboca en un escalón anterior a lo que los doctrinantes han reconocido como libertad de decisión, para

---

<sup>336</sup> MORENO MILLAN, Franklin J. La jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho. Ed. Leyer. Bogotá-Colombia. 2002. pág.154 y ss.

entenderse como la libertad en la elección y *valoración del* motivo, más, que una valoración de los hechos.<sup>337</sup>

Puede decirse que el tema de *interpretación* en el derecho descansa en la lucha por la prevalencia entre la *letra* y el *espíritu* de la ley, en un sentido fuerte, se entendió la prevalencia de la letra sobre el espíritu, prevaleciendo el sentido literal sobre la intención del autor de la ley, aunque esta postura fue duramente combatida y criticada en la historia, desde un argumento que sostenía, que el significado no es unívoco por la condición indeterminada del lenguaje, siendo solo posible alcanzarlo a través de la interpretación, que no se traduce en un mero proceso semántico sino de un análisis del contexto donde se crea la ley, anteponiéndose a esta posición, la escéptica, que reconoce que no existe un significado anterior de la interpretación de la ley, el único significado del texto de la ley o de cualquier texto, es el que se produce por la interpretación, lo que quiere decir, que esto no es un acto de descubrimiento sino de creación.<sup>338</sup>

La prevalencia de la letra sobre el espíritu, se formuló posteriormente de otra manera, sólo es admisible la interpretación de la ley, cuando esta sea oscura, pues, en la medida que esta sea clara, no procede acto de interpretación alguno, pero a esta postura le llegó las críticas provenientes del reconocimiento de la siempre ambigüedad e indeterminación del lenguaje, pero más allá de esto, la tesis sostuvo que la interpretación se daba solo en la existencia de indeterminación de las normas, y allí, le era dable al aplicador del derecho (primeramente el juez) el ejercicio de un poder- que no es más que interpretar, de ese modo, la interpretación de las normas sería solo para los casos difíciles, en cuanto que los casos fáciles, se trataría de una estricta aplicación de la norma al caso en concreto.<sup>339</sup>

---

<sup>337</sup> Nos apartamos en este punto de las enseñanzas de ALONSO MAS, pues, la discrecionalidad no puede ser más que una valoración de hechos, en cuanto, que en muchos casos donde la administración actúa discrecionalmente sólo existe un hecho, que no admite ninguna valoración, y de desplegarse tal proceso sería superfluo. Piénsese por ejemplo que existe un cargo de consejo de estado, y se presentan cinco candidatos que en si representan cinco diferentes motivos ( el de mayor experiencia, el de mayor estudio, el ser mujer, el litigante, y el reconocido académico aunque no tenga mayor estudio que el pregrado), ¿ qué valoración de hecho, es admisible en este caso?, creo que la respuesta obvia debe ser ninguna, y lo obvio se extrae porque solo existe un hecho (existe un solo puesto), pero lo que sí admite valoración será los motivos que representaría elegir a uno de los cinco: se elegiría a la mujer por cumplir políticas de mainstreaming o transversalización, por ej; se elegiría al de mayor experiencia reconociendo que el alto tribunal “ es el paraíso final del camino de los abogados”; el de mayor estudios, pues existiría una presunción de conocimiento “superior” en cada título que lo haría apto para el cargo; al litigante por ver en él la experiencia desde afuera del tribunal, o el académico por reconocerse en la persona los avances que a logrado para el derecho.

<sup>338</sup> NETTEL DIAZ, Ana L. “La interpretación en el derecho: algunos de los principales debates” en revista Alegatos, núm.74 México, enero/abril de 2010, pág. 170. Puede consultarse el siguiente link: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/67/74-08.pdf>

<sup>339</sup> Ibíd. Pág. 174. Señala la autora que la indeterminación de las normas puede darse por las siguientes razones: 1) a la vaguedad y a la ambigüedad de los lenguajes naturales;2) a una inconsistencia entre la voluntad y la expresión del legislador;3) a una imposibilidad de regular todo de manera explícita;4) a la diversidad de los casos que las normas regulan y la necesidad de darles un trato distinto;5) a nuestra ignorancia de todos los casos que puedan llegar a presentarse a los jueces y de todos los hechos que éstos puedan comprender; 6) a la evolución de los propósitos y objetivos que una sociedad pueda llegar a perseguir

De allí se desprenderá la concepción objetivista y subjetivista del acto de interpretación, que hacia mayor referencia al objeto de la interpretación de la ley, a lo que ésta buscaba, la primera, referencia la interpretación como una actividad que se relaciona con lo real, el objeto, y del conocimiento, la segunda, por el contrario, entiende el acto de interpretar como aquel orientado no de manera a una norma en concreto, sino al sentido general del derecho, interpretar se refiere de ese modo a una concepción del derecho, o lo que es lo mismo *su sentido o propósito*, y por lo tanto siempre en los casos difíciles existiría una respuesta correcta que es en últimas la *coherente con el propósito del derecho*<sup>340</sup>.

Se ha creído que la interpretación en ese orden de ideas, es un asunto de precisión del sentido del derecho, de la premisa mayor en el silogismo de la decisión, y que la premisa menor, los hechos, es un mero proceso de constatación, de comprobación, pero lo cierto, es que la interpretación conforme lo reconoce NETTEL DIAZ es preciso para decidir cuál es la norma procedente al caso tiene que considerarse necesariamente las “cuestiones de hecho”, por lo que la interpretación no resulta únicamente una cuestión acerca del significado del derecho, sino también es una cuestión de interpretación acerca de los elementos con los que se construyen los hechos<sup>341</sup>, para esta autora la cuestión de la interpretación en el derecho se orientado en dos extremos, el primero, que reconoce en la interpretación el proceso de “desentrañar el significado que ya se encuentra en el objeto a interpretar, es decir, el texto que expresa la norma jurídica”, lo que conduce a un concepción estática del derecho. El otro extremo, entiende la interpretación como el acto de dotar de significado, rechazando la concepción estática, en cuanto que “el significado no es algo fijo que hay que desentrañar, sino algo que el intérprete crea”, aceptándose entonces que un texto normativo tenga diferentes significados, adaptándose a cada caso a los objetivos y propósitos buscados, así el derecho es “la obra de los interpretes”.<sup>342</sup>

El tema de la interpretación del derecho, no es un tema pacifico, pues existen discrepancias sobre el objeto de esta y la naturaleza de la actividad interpretativa, o cuáles podrían ser los criterios de

---

<sup>340</sup> Ibíd. Pág. 176. Aunque como refiere la autora esta última concepción “subjetivista” fue criticada por el positivismo por crear en el acto de interpretación el objeto de estudio “esta segunda posición ve a la interpretación jurídica como una actividad constructiva, que al interpretar, al mismo tiempo crea su objeto. De acuerdo con esta postura, habría una continuidad entre la teoría del derecho y su práctica. De nuevo se plantea la misma objeción que el positivismo hizo a las teorías iusnaturalistas: que no respetan la objetividad exigida por la ciencia, debido a que construyen el objeto de estudio en lugar de describirlo y, en consecuencia, no se trata de una actividad científica, sino política”

<sup>341</sup> Ibíd. Pág.177. Para la autora todo esto conduce a afirmar que la interpretación en el derecho se hace inevitable por las siguientes razones: “primero, a la necesidad de establecer las reglas con anterioridad a los sucesos que han de juzgarse. Ello requiere el uso de términos generales que son necesariamente imprecisos, ya que una norma general, podría, por su misma naturaleza, comprender todas las particularidades de los casos a los que habrá de aplicarse. En consecuencia, la subsunción de casos particulares a estándares jurídicos generales requiere, inevitablemente, de interpretación. La segunda razón se origina en el hecho de que la ley se expresa en lenguaje naturales debido a que su función reguladora de la conducta dirigida a la totalidad de la población así lo requiere y los lenguajes naturales son siempre vagos y ambiguos. La tercera razón es la obligación de los jueces de resolver todos los casos que le sean sometidos, por lo que están obligados a dar una respuesta sin que importe cuán difícil pueda ser el caso. La cuarta razón procede de la imposibilidad de prever las características de los futuros casos y de los futuros propósitos de la sociedad, lo que hace imposible que se produzca una mayor precisión en la descripción de las hipótesis normativas”.

<sup>342</sup> Ibíd. Pág. 178-179

corrección de la interpretación, que han conducido a la distinción entre el discurso descriptivo sobre la interpretación y un discurso normativo o prescriptivo.<sup>343</sup> LIFANTE VIDAL refiere que en cuanto al objeto de interpretación, el profesor WROBLEWSKI diferencia tres sentidos de interpretación, *sensu largissimo*, cuando se trata de la comprensión de cualquier objeto como fenómeno cultura, *sensu largo*, interpretación exclusiva de entidades lingüísticas, y una interpretación *sensu stricto* cuyo objetivo es la determinación del significado de una expresión lingüística cuando existen dudas sobre esta en un respectivo acto de comunicación. Dice la autora que en este caso, el tercer sentido sería el mismo que el segundo, en la medida que recaen sobre entidades lingüísticas y su procedencia es al existir dudas.<sup>344</sup>

De acuerdo a lo anterior, la interpretación sólo sería posible en caso de dudas, de modo que sería el efecto de la causa, lo que en el derecho, se entendería que solo en muy pocos casos la interpretación es posible, pues, el derecho por regla general encierra un lenguaje claro, determinado y no ambiguo, pues, de lo contrario no lograría regular las conductas de las hombres en sociedad.

Al respecto, LIFANTE VIDAL, señala de acuerdo a las enseñanzas de TARELLO que diferencia entre interpretación-actividad e interpretación-resultado, la primera, referida específicamente, a la actividad de interpretar, traducible, en (decidir, proponer, descubrir, precisar el significado de un objeto), la segunda, dada como el resultado de desplegar dicha actividad<sup>345</sup>. A partir de allí, GIANFORMAGGIO- según dice la autora- realizará una subclasificación, en la cual, dentro de la interpretación como actividad, se distingue la actividad *noética* y la actividad *dianoética*. Aquella, es cuando se produce una “captación del significado como un pensamiento intuitivo, es decir, una captación intelectual inmediata de una realidad inteligible”; ésta, por el contrario, se da cuando se “requiera un pensamiento discursivo, una argumentación”. De allí, LIFANTE VIDAL reconoce que de acuerdo a esta subclasificación-

“podría desvanecerse la aparente contradicción entre dos tesis que, en principio, parecen ambas aceptables: la tesis que considera que la interpretación es una actividad necesaria siempre (en cualquier ocasión que nos encontremos con una situación comunicativa); y la tesis de aquellos que consideran que en los casos en los que no existen dudas no se debe interpretar (tesis muy difundida en el ámbito jurídico, y que se condensaría en el conocido aforismo *in claris non fit interpretatio*). De modo que podría salvarse esta contradicción diciendo que, por supuesto, en todos los casos hará falta llevar a cabo una actividad interpretativa en el sentido noético, aunque no en todos será necesario interpretar en el sentido dianoético, sino únicamente en aquellos en los que existan dudas sobre el significado.

Por otra parte, este segundo sentido de interpretación es el que parece más relevante

---

<sup>343</sup> LIFANTE VIDAL, Isabel. “un mapa de problemas sobre la interpretación jurídica” en: LIFANTE VIDAL, Isabel. Interpretación jurídica y Teoría del Derecho. Ed. Palestra. España. 2012. Pág. 37

<sup>344</sup> Ibíd. Pág. 38

<sup>345</sup> Ibídem.



La interpretación –resultado noética sería un significado (lo que se entiende o se ha entendido) y la interpretación-resultado dianoética sería, para Gianformaggio, un enunciado o proposición del tipo: “S (el signo S) ha de entenderse como S’ (tiene el significado de S’” y es importante destacar que sería la conclusión de un argumento”<sup>346</sup>

La interpretación en ese orden de ideas es un presupuesto de aplicación del derecho, consideramos, que no puede aplicarse el derecho sin una interpretación previa, sea en un sentido de interpretación- actividad noética o dianoética y de interpretación-resultado de una actividad noética o dianoética, con esto rechazamos que la interpretación sólo proceda en caso de dudas. El derecho es lenguaje, y eso significa que es un acto comunicativo, en el que nunca podrá desconocerse la función de la interpretación, por más claridad de este lenguaje posea. Lo que se interpreta son los enunciados normativos de los que brotan las normas jurídicas.

En el caso de las potestades administrativas, estas no provienen de una manera mecánica, o automática, lo que quiere decir, que estas se deducen de un proceso interpretativo, pero de un tipo de *interpretación-actividad noética*, ya que del enunciado normativo se extrae la potestad dada por el legislador o por la misma administración en el acto de auto-atribución, la administración no les dable *inventar* o - *argumentar*- una potestad discrecional, pues, este acto sería arbitrario y contrario a la seguridad jurídica. Esto no significa, que la administración en el acto de interpretar cree derecho, y particularmente, la potestad reglada o discrecional, no es este el alcance que queremos dar a la premisa de reconocer siempre la interpretación de la norma, entendemos que la norma es el producto de la interpretación, y en ese sentido, referimos que la administración al interpretar el enunciado normativo, puede hallar dos tipos de normas, en cuanto al tema que tratamos en este escrito: por un lado, una norma que no permite a la administración una libertad de elección de motivos, en la medida, que el motivo ya fue resuelto por el creador de la potestad, y solo queda a la administración ajustar su actuar a este motivo, en aras, que no se torne la actuación en antijurídica, esto es lo que se ha titulado como potestad reglada; y por otro lado, existe una norma que otorga a la administración una *relativa libertad de elección de los motivos*, libertad que en estas condiciones configura la potestad discrecional.

Es que precisamente la existencia de la potestad discrecional, no puede quedar atada a la simple concepción del verbo *podrá en el enunciado normativo*, como algunos autores han pretendido dar a entender, esta referencia no es suficiente para concebir que la administración pueda actuar discrecionalmente.

Desde el escenario de lo concreto, entendiendo por tal, no solo el afán por la conceptualización sino de su obligatoria demostración fáctica, nótese por ejemplo en la siguiente hipótesis como no puede haber discrecionalidad sólo por el simple verbo *podrá*: pensemos, que existe un enunciado en el ordenamiento jurídico que señala “la administración *podrá* optar entre pena de prisión o multa en la medida que el culpable haya actuado con dolo o culpa leve”. Primero a advertir es la pertenencia de nuestras palabras al reconocer la interpretación en todo los casos, y no solo en la existencias de dudas; segundo, vemos como en el presente caso, aunque exista consagrado el verbo *podrá* y pudiese hablarse de la existencia de potestad discrecional a la administración, ésta en realidad no existe, en cuanto al interpretarse (actividad noética) resulta que la norma no

---

<sup>346</sup> Ibíd. Pág. 42

refiere ninguna conducta discrecional, pues, nótese que la imposición de la pena de prisión y la multa, que serían la consecuencia jurídica, están sometidas a la realización por parte del autor de la conducta a título de dolo o culpa leve (supuesto fáctico), lo que significa que y siguiendo la línea argumentativa de lo que entendemos por discrecionalidad (*libertad de elección de motivos*), se extracta como norma jurídica que la administración no goza de libertad alguna en la elección de motivos, que condujera a quien actúa con culpa leve imponer pena de prisión, y a quien actúa con dolo, imponer una consecuencia menos gravosa, por un acto más grave, como es la multa. Puede observarse que desde una mirada inicial al texto normativo, pudiese entenderse que la administración puede **escoger entre pena de prisión y multa para los actos cometidos con dolo o culpa grave**, pero que luego de hacer una **interpretación-actividad**, que no pretende inventar nada (noética), sino, decir el verdadero significado de lo pretendido por el creador del derecho, y sin que exista duda, de por medio, en la aplicación de la norma, resulta que la administración está en presencia de una potestad reglada, en cuanto que debe subsumir en caso de actuar con dolo la consecuencia jurídica de pena de prisión, y al actuar con culpa leve la sanción de multa, hacer lo contrario, es tomar una decisión contraria a derecho, o lo que es lo mismo, el rompimiento de los tres pilares anteriormente descritos.

El acto de interpretación está orientado por el respeto de mínimo de principios, como son el reconocimiento de los fines del estado, el respeto por los derechos y garantías, y, el principio de seguridad jurídica. Son estos principios los que limitan el margen de interpretación, para tornarle en jurídica, y que no sea cualquiera, con efectos cualesquiera. De ese modo, resulta lo más jurídico admisible optar como resultado de la interpretación-actividad, que la consecuencia jurídica más grave sea *imputada* al hecho de dolo, y a la culpa leve la consecuencia menos grave, esto guarda respeto por los principios antes anotados y guarda la proporcionalidad jurídica exigida en la decisión jurídica.

Es que precisamente, el derecho es un acto comunicativo, y sumado al hecho de reconocimiento que damos en este escrito, que a las normas jurídicas no se le es posible interpretarlas, por ser ellas el resultado del acto de interpretación de un enunciado normativo<sup>347</sup>

En este orden de ideas, sólo habría discrecionalidad cuando del acto de interpretar la disposición jurídica, resulta la norma que otorgar *libertad de elección de motivos* a la administración. Un buen ejemplo de ello, son los casos de elección de funcionarios de periodo fijo (personeros procurador general de la nación, fiscal general de la nación, contralor general de la república y de

---

<sup>347</sup> Ibíd. Pág. 50 y ss. Dice LIFANTE VIDAL respecto de que las normas sean objeto de la interpretación lo siguiente: “frente a la tesis de que el objeto de la interpretación jurídica son las normas es frecuente encontrar objeciones que señalan los problemas de considerar que, por un lado, las normas son precisamente el significado de un determinado tipo de enunciados, y que, por otro lado, la actividad interpretativa tiene como finalidad determinar el significado de las normas. Algunos autores- como por ejemplo Guastini- consideran que es la actividad interpretativa la que da origen a la norma, la que implica el paso de la disposición a la norma, siendo por tanto una actividad necesaria en todos los casos ( no solo en los que existe duda o imprecisión acerca del significado). Como hemos visto, para Guastini los enunciados interpretativos tienen la siguiente forma: “D significa N”, donde “D” representa una disposición (el texto del documento jurídico), y “N” representa la norma. Desde esta perspectiva, la interpretación no consiste en conocer normas, sino en producirlas; las normas serían, entonces, variables dependientes de la interpretación y la interpretación sería la única actividad productiva de Derecho. Pero la aceptación de esta idea sin las suficientes precisiones puede conducirnos a ciertas consecuencias contra-intuitivas”

entidades territoriales, magistrados Corte Constitucional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia)

En el caso de la elección de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia Y Del Consejo de Estado el artículo 231 de la constitución política de Colombia establece que **serán** nombrados por la respectiva corporación, de listas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura; el artículo 232 establece los requisitos mínimos para ser magistrados de estas corporaciones (1.Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; 2. Ser abogado; 3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; 4. Haber desempeñado, durante diez años, cargos de la rama judicial o en el ministerio público, o haber ejercido, con buen crédito , por el mismo tiempo, la profesión de abogado o la cátedra Universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente) y de la corte constitucional (art. 239 Inc. 2 elegidos por el senado) y el artículo 233 señala el término de la duración del nombramiento de ocho (8) años y los requerimientos mínimos permanencia (buena conducta, rendimiento satisfactorio, y no operar el retiro forzoso por edad). En cuanto a los magistrados del consejo de estado, el artículo 96 del decreto 01 de 1984 (hoy, art.109 n. 2 Ley 1437 de 2011) establecía como competencia de la sala plena elegir consejeros de estado y magistrados de los tribunales administrativos de conformidad con la constitución y la ley”, de igual modo el reglamento interno de la corporación acuerdo 58 de 1999, artículo segundo numeral 2, establece que será de competencia de la sala plena “*elegir directamente consejeros en provisionalidad o encargo, y en propiedad de listas enviadas por la sala administrativa del Consejo Superior de la judicatura*” .

En estas disposiciones no se encuentra el verbo *podrá*, por el contrario, todas estas enunciaciones conducen a referenciar una *orden* (un deber ser) de nombramiento del cargo de magistrados, orden que específicamente le corresponde llevar a cabo la *sala plena*, por ello se pensaría, que no existe opción en pensar de un actuar discrecional por parte de la administración en la elección de los consejeros.

Pero a contrario sensu, en el citado ejemplo, sí, existe discrecionalidad, veamos: de acuerdo a la interpretación jurídica que se haga, la norma resultante de las disposiciones jurídicas, conducen a señalar que aunque si bien es cierto, es *deber* la administración (sala plena) elegir los magistrados, teniendo en cuenta los requisitos mínimos expuestos en la constitución y en la ley, existe una real libertad en la elección de los motivos que conducen a nombrar a solo uno de los participantes inscritos en la lista emitida por el consejo superior de la judicatura sala administrativa.

Aclaremos esto aún más, digamos que existen en la lista cinco aspirantes que cumplen los requisitos mínimos, es decir, que están habilitados para ser nombrados en el cargo de consejero de Estado, pero cada uno cuenta con requisitos propios, el primer candidato posee dos doctorados y está cursando un tercero, docente universitario, pero no ha publicado ningún libro; el segundo, es un abogado sin ningún posgrado pero es reconocido en el mundo académico, por sus escritos, el tercero es mujer , el cuarto es una abogada con varios posgrados y algunos libros y el quinto es un reconocido litigante que ha llevado muchos casos ante el consejo de estado, y de estos, se ha venido construyendo jurisprudencia por la corporación. Puede, sin decirse más - que la sala plena entre los cinco aspirantes puede escoger a uno, el que quiera, la discrecionalidad de la actuación no está dada en la disposición, sino en la norma que se produce por una *interpretación-actividad noética (no se inventa nada)*, el resultado es una *libertad en la elección de*

*motivos* para la escogencia del consejero de estado, de tal modo, puede ser el de mayor estudio, mayor publicaciones, mayor reconocimiento académico, por políticas de género, o por quien ha ejercido como litigante ante la corporación y goza de reconocimiento de los consejeros posesionados.

Todas estas opciones son jurídicamente admisibles, y de allí, que se predique la real existencia de discrecionalidad, traducible, en la libertad de elección de motivos.

Lo volitivo y lo cognitivo se conjugan en el actuar discrecional de la administración, específicamente que hemos decidido llamar *discrecionalidad aumentada*.

Lo volitivo se encasilla en el acto de voluntad desligado de un proceso exclusivo de silogismo jurídico, pues, es evidente el hecho que no toda la realidad jurídica puede quedar reducida al proceso silogístico<sup>348</sup>, sumada a la imprevisibilidad humana que es también del derecho, como creación de los hombres, en el necesario reconocimiento de zonas de libertad de elección de acuerdo a la presencia de nuevos hechos, que requieren esa libertad de elección, con el fin de llevar a cabo la imputación de la consecuencia jurídica a ese supuesto de hecho, de modo que lo volitivo en el actuar discrecional se traduce en la libertad de elección de motivos, por el hecho que la *norma (resultante del proceso de interpretación)* así lo permite. En cuanto, a los conceptos jurídicos indeterminados, lo volitivo se representa en la posibilidad jurídica que le asiste a la administración para *arrastrar* un hecho entre varios posible y admisibles al *espectro de representación* que se construyen de la indeterminación de este tipo de conceptos. De modo que lo *volitivo* está presente y observable desde una óptica separable de discrecionalidad y concreción conceptos jurídicos indeterminados.

En cambio, lo *cognitivo* solo es predicable de la discrecionalidad, y no de los conceptos jurídicos indeterminados. Pero, lo cognitivo que referimos está muy lejos de las premisas de la escuela del cognitivismo, y más próximas a la concepción escéptica, premisa que apoyamos en la necesaria distinción como advierte el maestro RICCARDO GUASTINI, entre enunciados interpretativos y enunciados subsuntivos.

Para el cognitivismo los enunciados interpretativos tienen valores de verdad, de modo que la resulta es entender la interpretación como acto de conocimiento; a contrario sensu, la teoría escéptica infiere que los enunciados interpretativos carecen de valores de verdad y por consiguiente, la interpretación es un acto de voluntad<sup>349</sup>. A partir de estas concepciones, que pareciera ser la línea de ruta del maestro GARCIA DE ENTERRIA, entre otros, que se creara una línea de separación entre lo cognitivo y lo volitivo, postura, como habrá advertido el lector, nos apartamos, al concebir la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados como instituciones convergentes.

---

<sup>348</sup> En cuanto a la potestad reglada, opera un proceso exclusivo de silogismo, pues, la manera de conservar el respeto por el *motivo* adaptado por el creador de la potestad, se logra con la sumisión del actuar de la administración a la aplicación de las reglas del juicio silogístico, pudiéndose deducir que en lo reglado de la administración, no hay cabida para un acto volitivo, reconociendo por tal (la elección de motivos)

<sup>349</sup> GUASTINI, Riccardo. "Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación". En: LIFANTE VIDAL, Isabel. Interpretación jurídica y Teoría del Derecho. Ed. Palestra. España. 2012. Pág. 147

Para entender la separación entre la teoría del cognitismo y el escepticismo<sup>350</sup>, advierte el profesor GUASTINI, es necesario definir el objeto de la controversia, la interpretación, de modo que advierte que existe una interpretación propiamente dicha, que puede entenderse como la identificación de la norma como resultado de la interpretación de la disposición en un enunciado normativo, o de varios enunciados normativos; y por otro lado, existe la decisión acerca de la subsunción de un supuesto de hecho concreto bajo un supuesto de hecho abstracto, o bien, respecto a la calificación normativa de un hecho en particular, o de la determinación de la aplicación de una norma previamente identificada a un supuesto de hecho concreto, que podría referenciarse como un tipo de *interpretación en concreto*. La primera de estas concepciones, recae sobre enunciados normativos completos, mientras, la segunda, en cuanto proceso de subsunción, no recae no sobre enunciados normativos, sino específicamente predicados, de modo, que aquella puede referirse los enunciados-interpretativos, y a ésta enunciados-subsuntivos.<sup>351</sup>

Ahora bien, la importancia de esta particularización del cognitismo y el escepticismo, en enunciados-interpretativos y enunciados-subsuntivos, implica reconocer en qué momento existe discrecionalidad interpretativa, pero lo trasladaremos a la institución de la discrecionalidad administrativa.

Para la teoría ecléctica, que es el punto medio, de las dos anteriores, existe discrecionalidad en el enunciado-subsuntivo y por causa de la textura abierta del lenguaje, no se detendrán en los enunciados-interpretativos, pues, reconocen que el significado de los textos normativos es plausible en identificarse con el uso de las reglas sintáctica y semántica del idioma. Todo lo contrario, será para la escuela escéptica que reconoce una cierta discrecionalidad interpretativa en el enunciado-interpretativo. Por ello, y proponiendo el profesor GUASTINI fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación, la reconocerá como todo lo contrario de la teoría del cognitismo, yuxtaposición que se apoya en referir que el cognitismo carece de fundamento alguno, que logre sostener en el escenario de lo objetivo la premisa que la *interpretación tenga un, y un solo*, significado objetivo preexistente a la interpretación.<sup>352</sup> Esta condición no se satisface, según el autor por la existencia de factores reales (económicos, sociales, políticas) que conducen a la interpretación jurídica a ser un escenario de *práctica conflictiva*, esto implica que el intérprete dirija a su propio favor con *oportunos argumentos* lo que el creador de la norma ha señalado. Además de ello, en el acto de interpretar se presentan fenómenos de obligatoria observancia que son ineludibles, como *la técnica interpretativa, las tesis dogmáticas presupuestas*

---

<sup>350</sup> Ibid. Existe una tercer postura que reconoce la conjugación de ambas figuras en una, esta es la teoría ecléctica, que entiende que la discusión se debe centrar en los enunciados-interpretativos y no en los subsuntivos. Dice el autor que aquí tratamos: “ahora bien, al contrario de cuanto parecen pensar los partidarios de la teoría ecléctica, la controversia – la alternativa- entre cognitismo y escepticismo atañe al estatuto lógico de los enunciados *interpretativos*, no al de los enunciados subsuntivos. Que los enunciados subsuntivos puedan tener valores de verdad (puedan ser ora verdaderos, ora falsos, ora ni verdadero ni falsos) se puede, bajo ciertas condiciones conceder” Aunque refiera el autor líneas después que lo que interesa es saber si tienen valores de verdad los enunciados interpretativos.

<sup>351</sup> Ibid. Pág. 149 se refiere el autor a los enunciados-subsuntivos lo siguiente: “responden a la pregunta: ¿es la norma (previa o contextualmente identificada) aplicable, o no, al supuesto de hecho concreto en examen?, ¿dicho supuesto particular cae o no en la clase de supuestos de hechos determinada por el antecedente de la norma?”

<sup>352</sup> Ibid. Pág.155

y naturalmente, y las preferencias o juicios de valor formulados o sobreentendidos por el intérprete<sup>353</sup>, así estos elementos dan lugar a diversas atribuciones de significado, para las cuales no subsiste ningún criterio persuasivo de verdad.

Las normas jurídicas se obtienen de una interpretación previa, esta ha sido la premisa en que nos hemos apoyado, GUASTINI, sostiene frente a este punto, que en ese sentido cualquier proposición normativa (entendida como verdadera o falsa) que afirma la existencia de una norma jurídica dentro del ordenamiento jurídico parece presuponer una decisión interpretativa<sup>354</sup>, allí, en cuanto a la teoría *escéptica de interpretación*, parece implicar la consecuencia que ninguna proposición normativa jamás puede tener valores de verdad, no pudiendo ser una genuina proposición, sustentada en verdades o falsedades, pues para ser la proposición verdadera o falsa, es solo posible bajo la condición de ser verdadero o falso el enunciado interpretativo, y éste para la escuela escéptica no puede ser verdadero ni falso<sup>355</sup>.

Advierte el profesor italiano, que si esta conclusión fuera *exacta* sería imposible cualquier discurso cognoscitivo en torno a las normas jurídicas, no podría en ningún momento predicarse la falsedad o la certeza de lo que puede saberse del derecho, por eso que se debe reconocer que toda proposición normativa presupone “*no ya la verdad de un enunciado interpretativo sino la verdad de un enunciado descriptivo de interpretaciones*”.<sup>356</sup> Esto se explica por la razón que aunque el escepticismo establece que los enunciados interpretativos carecen de valores de verdad, esto como lo explica el autor no presupone que el significado de cada disposición normativa sea *siempre controvertido y enteramente controvertido*, pues, por un lado, para la mayor parte de las disposiciones normativas, existe una *interpretación consolidada y dominante que produce una norma determinada*, pudiéndose formular fundadamente “*la proposición normativa (verdadera) que afirma la existencia en el ordenamiento de la norma*”, por el otro lado, algunas veces una disposición es susceptible de dos interpretaciones alternativas, y en la medida que no se consolide una interpretación, no puede predicarse que exista ni una, ni otra norma, tesis esta que se da en los casos de formularse si determinado texto normativo T expresa la norma N1 o la norma N2. Pero en la mayoría de las controversias interpretativas-como advierte GUASTINI- son de otro tipo<sup>357</sup>, en estos casos, “*la controversia interpretativa no concierne al significado de un texto normativo en su totalidad, sino, por así decirlo, sólo a una parte de tal significado*”, pudiéndose *descomponer* el texto normativo en dos partes: *un núcleo no*

---

<sup>353</sup> Ibíd. Pág. 156, 157 y ss. El autor reconoce el cognitivismo como teoría infundada, siendo fundada la antagónica teoría escéptica.

<sup>354</sup> Refiere el autor en ese sentido: “para afirmar que en el ordenamiento vigente, existe la norma N es necesario haber obtenido previamente la norma en cuestión de un texto normativo cualquiera: se entiende, por vía de interpretación”. Ibíd. Pág. 158

<sup>355</sup> Ibídem.

<sup>356</sup> Aclara R. GUASTINI “Podríamos decir así: una proposición normativa es verdadera si, y sólo si, presupone un enunciado que describe verídicamente o una interpretación que es pacífica *porque no es controvertible* o una interpretación que (aunque controvertible) es pacífica *porque es de hecho dominante*”. Ibíd. Pág. 159,160

<sup>357</sup> Dice el autor: “¿El texto normativo T expresa sólo la norma N1, o también la norma N2?, “¿la norma N1, expresada pacíficamente por el texto normativo T, implica o no (con la adición, si es necesario de oportunas premisas) la norma N2?, etc.” Ibíd. Pág.161

*controvertido*, el cual coincide con el significado literal, y una *franja controvertida*<sup>358</sup>, por ello que afirme el autor “*la interpretación no siempre es controvertida, y a menudo, no es controvertida enteramente*”<sup>359</sup>

Para lograr trasladar estas premisas de la interpretación a sede de la administración, específicamente, al ejercicio de la potestad discrecional, debemos, por último, expresar las ideas que el acertado maestro italiano Riccardo Guastini, refiere sobre la interpretación y la creación del derecho, este punto nos dará toda la claridad necesaria para, establecer la relación de lo volitivo y lo cognitivo en la discrecionalidad aumentada que proponemos.

Para el maestro referido la tesis escéptica parece exigir una redefinición radical de la noción común de “producción del derecho”, y esto porque por un lado, se presenta la idea compartida de que el Derecho es un conjunto de normas y no de textos normativos; todo lo contrario, de lo que reconoce la escuela escéptica que entiende las normas como *variables dependientes de la interpretación*, de modo que lo que resulta es entender a la interpretación como una actividad productiva del Derecho, conclusión que no parece ser inexacta pero debe ser matizada conforme lo señala GUASTINI: la primera razón que llama *banal*, parte de reconocer que la interpretación produce ciertos significados, pero esto presupone *obviamente* la existencia de un texto, el cual se interpreta, de modo que la interpretación no puede ser una creación *ex nihilo* como lo sería los actos del legislador, el derecho para el autor nace de la *combinación de dos actividades distintas igualmente productivas, aun cuando lo sean a títulos diversos: la producción de textos (ésta sí es nihilo) y la construcción de significados*<sup>360</sup>; la segunda razón, que titula como menos banal, parte de reconocer que la tesis escéptica no pretende señalar que los textos normativos carezcan de significado antes de la interpretación, pues, de ser así, sí sería la interpretación un acto *ex nihilo*, lo que realmente- como enseña GUASTINI- la tesis escéptica reconoce que los textos normativos o gran parte de estos no carecen ya de significados, “*sino que están potencialmente dotados de una pluralidad de significados y, por tanto, son susceptibles de una multiplicidad de interpretaciones*”:

---

<sup>358</sup> Refiere el autor: “ para dar algún ejemplo: no se duda que en el ordenamiento vigente el Presidente de la republica pueda oponer el veto suspensivo a las leyes ordinarias (artículo 74, párrafo 1, Constitución); sin embargo, se duda que pueda oponerlo también a las leyes de revisión constitucional; no se duda que una de las cámaras pueda votar la desconfianza al Gobierno (artículo 94 Constitución), pero se duda (o, mejor dicho, alguno dudaba, antes que la Corte Constitucional tomara una decisión sobre el punto) que una de las Cámaras pueda votar la desconfianza a un ministro particular; no se duda que el referéndum abrogativo no sea admitido para la ley de aprobación del presupuesto (artículo 75 párrafo 2, Constitución), pero es lícito dudar (a pesar de la opinión contraria de la Corte Constitucional) si tal referéndum tampoco sea admitido para las demás leyes de contenido financiero; no se duda que el Presidente de la República sea el titular del poder de gracia (artículo 87, penúltimo párrafo, Constitución), pero se duda de si el refrendo ministerial (exigido por el artículo 89, párrafo 1, Constitución) sea por eso mismo acto debido”- expone – “en todos estos casos, estamos frente a una disposición que pacíficamente expresa una cierta norma; está la duda de si aquella misma disposición expresa ( o implica) también otra norma, o bien está la duda de si la norma expresa esté sujeta a excepciones implícitas. En todos estos casos, se puede fundadamente formular la proposición normativa (verdadera) que afirma la existencia en el ordenamiento de la norma en cuestión (...) en suma, la interpretación *no siempre* es controvertida, y a menudo *no* es controvertida enteramente”. Ibíd. Pág. 162, 163

<sup>359</sup> Ibídem.

<sup>360</sup> Ibíd. Pág.165

*al menos tantas interpretaciones cuantas sean consentidas por las reglas del idioma, por los métodos de interpretativos, y por la dogmática*<sup>361</sup>

De modo que lo que tenemos es que “*el marco de los múltiples significados de un texto normativo es teóricamente conocible ex ante*”<sup>362</sup>, en la cual, se entenderá como interpretación no el acto de dotar de cualquier significado al texto interpretado, “*una atribución de significado que caiga dentro del marco- que puede incluso ser muy amplio- de significados admisibles: admisibles a la luz de las reglas del idioma, de las técnicas interpretativas en uso, y de las tesis dogmáticas generalmente aceptadas*”<sup>363</sup>, y como no puede ser admisible cualquier interpretación, serán estos los límites para entender que “*no cualquier atribución de significado puede ser subsumida bajo el concepto de interpretación*”<sup>364</sup>. Entendemos como precisa el autor que venimos tratando, la existencia de límites; postura con la que estamos de acuerdo, y que nos conducirá a importantes consecuencias en cuanto a la discrecionalidad aumentada, como pasaremos a ver.

Hemos dicho que el encuentro en un enunciado normativo de la discrecionalidad simple y un concepto jurídico indeterminado, da como resultado la DISCRECIONALIDAD AUMENTADA, en ella, puede encajarse un actuar *volitivo* en los términos referidos líneas atrás. Pero también en esta institución concebimos un elemento cognitivo. Lo cognitivo, entendemos no es la existencia de una única y unívoca respuesta en el acto de interpretar, sino, la referencia a la posibilidad de concebir varios significados que no puede ser contrarios a la dogmática jurídica consolidada y a los principios de proporcionalidad, juricidad, respeto de garantías, eficacia política y jurídica del poder público y en general a los tres pilares descritos.

El respeto a estos principios permite hacer un control judicial de la discrecionalidad aumentada. La materialización de ésta, precisamente, logra concebir a posteriori control judicial de forma y de fondo, un control mixto. La materialización de la potestad discrecional aumentada, se da en el acto administrativo, como es lógico establecer, pues, la potestad, cualquiera que sea no admite control judicial particular, sólo es posible sobre los actos administrativos, resultado de la misma.

Bajo esta perspectiva, el acto administrativo producto de la *discrecionalidad aumentada*, como requisito formal debe siempre ser *motivado*, pues, la concreción del concepto, que hemos entendido como el episodio de *arrastre de un hecho al espectro de representación*, requiere estar de manera explícita en el texto del acto administrativo, de igual modo, en este evento, la administración en función de lo volitivo de la discrecionalidad, establece el motivo al cual se condiciona la decisión tomada (acto administrativo). De lo anterior, se puede sostener que al ser motivado el acto administrativo como producto del ejercicio de la potestad discrecional, es este elemento que permite un control de fondo al juez y no solo formal.

El control mixto refiere a la coexistencia y posibilidad de llevar un control de forma que recae sobre los elementos reglados de toda discrecionalidad y un control de fondo que estudia jurisdiccionalmente la motivación que contiene dos momentos a saber: arrastre del hecho al

---

<sup>361</sup> Ibídem.

<sup>362</sup> Ibíd. Pág. 167

<sup>363</sup> Ibíd. Pág. 168

<sup>364</sup> Ibíd. Pág. 169



espectro de representación, y la esencialidad de la discrecionalidad soportada en el hecho de la necesidad de motivación.

## B. LA NECESIDAD DE UN CONTROL MIXTO

Un gran cuestionamiento que podría hacerse -y de hecho- debe hacerse, es saber si la discrecionalidad aumentada se torna en un escenario a la arbitrariedad de la administración; pudiese considerarse de esa forma, en cuanto, que parecería peligrosista una teoría que reflexiona sobre el aumento de la discrecionalidad, el aumento de lo volitivo, que es en sí la negación de la sustitución del concepto jurídico indeterminado por la potestad discrecional (doctrina de la divergencia)

Frente a ello, es necesario referirnos con toda contundencia que no debe existir razón alguna para considerar que el aumento de la discrecionalidad sea sinónimo de arbitrariedad, pues, toda arbitrariedad desaparece por la exigencia de *motivación* en la producción del acto administrativo.

Lo que permite que el acto sea motivado es consolidar una *herramienta* formal en manos del juez, que le facilita controlar la decisión de la administración, además de constituirse en una institución garantista del derecho de tutela judicial efectiva.

El control construido por la doctrina francesa de los hechos determinantes y la desviación de poder, como refiere el profesor Enterría, son técnicas de control de forma de la discrecionalidad, en cuanto, que recae sobre el control de elementos reglados como es el fin, la competencia, la extensión, y la realidad (hechos) que al ser una sola no puede ser valorada o transformada por la administración, constituyéndose de esa forma en un elemento reglado de la discrecionalidad.

En el ordenamiento jurídico Colombiano, específicamente en la ley 1437 de 2011 conocido como código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, y sin que se haga expreso señalamiento de las potestades regladas y discrecionales, se consagra en el artículo 42 (contenido de la decisión) y en el artículo 44 (decisiones discrecionales), tal vez, los contenidos normativos que establecen una diferencia clara entre ambas potestades, que ha marcado el derrotero en el Consejo de Estado.

El artículo 42 en su inciso primero, señala expresamente *“habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará decisión, que será motivada”*; por su parte, en el artículo 44 se expresa *“ En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”*. De ello, se ha creído y sostenido en la práctica jurídica, que la exigencia de motivación se hace imperante en los actos reglados cobijados por el artículo 42 (anterior art. 35 decreto 01 de 1984), a diferencia de los actos discrecionales que no requiriendo ser motivados, están sometidos a la racionalidad y proporcionalidad, obligada por la sujeción al cumplimiento del fin de la norma y a la relación de la decisión con los hechos que le sirven de causa. De ese modo, *el fin y la realidad* (hechos) son elementos bidimensionales, por un lado, limitan en un ámbito jurídico y fáctico las decisiones discrecionales de la administración, y por el otro, posibilitan al juez de lo contencioso

administrativo hacer un control sobre esas decisiones. Pero, ¿qué tipo de control le es posible hacer al juez, con base en esos elementos? Respondería, que exclusivamente un control de forma. La razón de la respuesta se soporta en que ambos elementos, son componentes reglados que cumplen un papel importante de relativización, o lo que es lo mismo, hacer mensurable la discrecionalidad.

Se dijo en el capítulo primero de esta obra, que el legado del maestro Enterría en el tratamiento de la discrecionalidad administrativa, es la formulación de técnicas de control, que se extendieran del campo de lo formal y pudieran dirigirse sobre lo material o sustancial de la discrecionalidad, de tal manera, se propuso tres técnicas de control de fondo: los hechos determinantes, los principios generales del derecho y los conceptos jurídicos indeterminados.

Puede notarse como y de acuerdo a la exigencia de proporcionalidad fáctica que se exige en nuestro ordenamiento a las decisiones discrecionales, pudiese lograrse, un control de fondo de ésta por medio de la técnica de los hechos determinantes, pero hemos referido en los apartes de esta obra, que los hechos no pueden ser cualquier cosa, una noche no puede ser un día soleado por la administración, la realidad es una sola, es única, a ella no se le pueda dar criterios de validez, todo lo contrario, al ser una e incambiable, logra relativizar las decisiones discrecionales por la sujeción a algo que se torna evidente y demostrable para todo ser humano. En ese orden, la realidad no es más que un elemento reglado, insustituible para la administración, como puede ser la competencia, la extensión, o la duración de la potestad.

Por su parte el *fin* y la razonabilidad que se exige a la decisión administrativa, reconoce el profesor Enterría, que éste es un elemento reglado de la discrecionalidad, la administración no puede ir en contravía de lo que se quiere en la norma, en el ordenamiento jurídico, en el que hacer del Estado-Administrador. Pero lo que sí es posible, como reconocemos en este escrito, es que en el marco de esa ley, de la realidad, y el acatamiento de los fines políticos y jurídicos, la administración cuente con una *libertad relativa de elección de motivos* (verdadero sentido de la discrecionalidad), que deben ser controlados y cuando se hace, estaremos frente a un verdadero control de fondo de la discrecionalidad, en la medida que se exija su formalización (motivación).

Los principios generales del derecho son meta-normas, son extractos epistemológicos para hacer al derecho lógico, y por qué no, justo. Por el hecho de su abstracción, la mayor de las veces, se materializan en reglas y en principios, que pueden desembocar en la estipulación de los fines a los cuales está sujeto el Estado-Administrador, tómese por ejemplo el artículo 90 de la constitución política de Colombia, estudiado como el marco general de responsabilidad extracontractual de Estado, en esa *norma* se establece como *fin* la reparación integral por los daños antijurídicos que el Estado ocasione, dentro del marco de responsabilidad a título de imputación cabe exigir reparación por un *principio general del derecho, enriquecimiento sin justa causa*<sup>365</sup>.

Por otro lado, hemos referido en el aparte anterior, que no existe ámbito volitivo absoluto para la administración, que todo acto volitivo contiene un componente cognitivo, dentro de éste, en cuanto que no se materialicen en reglas, y fines concretos, los principios generales del derecho se

---

<sup>365</sup> SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Ed. Ibañez. Bogotá-Colombia. 2008. Pág.429 y ss.

forjan en la dogmática jurídica orientando la interpretación *siempre existente* en las actuaciones de la administración.

De tal modo, la técnica de control de fondo por los principios generales del derecho, adoptaría una mixtura importante, por un lado, puede ser que el principio se contenga en el fin de la norma, de tal modo, como anexo a él, se tornaría en un elemento reglado, diluyéndose su calidad de técnica de control de fondo; por otro lado, el principio permanece en su esencialidad, como meta-norma, y elemento abstracto, produciendo en el campo de la discrecionalidad, específicamente en el ámbito cognitivo (siempre existente) un criterio de orientación en la interpretación que hace la administración del enunciado normativo; solo reconociendo que todo acto volitivo se acompaña de un componente cognitivo, puede referirse que los principios generales del derecho tendría impacto a posterior en el control judicial de la discrecionalidad.

Pero hemos dicho, que desde un escenario de lo concreto, la discrecionalidad se caracteriza por ser un ámbito de relativa libertad de elección de motivos, en lo que hace relativo la libertad, estaría la aplicación de los principios generales del derecho (en su segunda acepción), ahora bien, si el motivo escogido por la administración se oculta, no se expresa, se hace invisible tanto para el juez como el administrado, no queda otro camino que acudir al control de elementos reglados de la discrecionalidad, diluyéndose en un escenario difuso, la posibilidad de controlar de fondo la decisión, que no es más que los motivos.

Frente a los conceptos jurídicos indeterminados como técnica de control hemos dicho ya la suficiente, negando su condición de técnica relativizante o sustitutiva de la discrecionalidad, y, asumiendo su encuentro en un enunciado normativo con la discrecionalidad, gestando el efecto de aumento.

El Consejo de Estado ha entendido desde sus primeros fallos y hasta nuestros días con el nombre de motivo las circunstancias de hecho que provocan una decisión administrativa, los acontecimientos que impulsan y que conducen a que la administración actúe, de modo que las medidas que se toman en un acto administrativo pueden ser ilegales si no se justifican los hechos que las provocaron<sup>366</sup>, Esto ha llevado a referir la falsa motivación como el control de hechos determinantes, - similitud- producto de esa relación trascendental entre motivo y hecho, fijada por el Consejo de Estado.

Ahora bien, es importante diferenciar el motivo, como la causa o razón que mueve para algo<sup>367</sup>, del móvil, como aquello que mueve material o moralmente a alguien.<sup>368</sup> y el motivo de la causa como tal, entendida como “aquello que se considera como fundamento u origen de algo”<sup>369</sup>

---

<sup>366</sup> sentencia del 08 de septiembre de 1981. Radicación 6091 Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda. CP. SAMUEL BUITRAGO HURTADO

<sup>367</sup> Definición diccionario real academia de la lengua española vigésima segunda. Consultado: <http://lema.rae.es/drae/?val=movil>

<sup>368</sup> Definición diccionario real academia de la lengua española vigésima segunda. Consultado: <http://lema.rae.es/drae/?val=movil>

<sup>369</sup> Definición diccionario real academia de la lengua española vigésima segunda. Consultado: <http://lema.rae.es/drae/?val=causa>

El profesor Manuel Ossorio explica en cuanto al motivo que *“se entiende por tal la causa, razón o fundamento de un acto. El motivo será jurídico cuando se refiera a actos de esa índole. Abarca todas las ramas no sólo del Derecho substantivo, sino también del Adjetivo; porque no se concibe ningún acto, inclusive los que tengan configuración delictiva, que no obedezca a una motivación, generalmente consciente, pero que puede serlo también inconsciente. La determinación de los motivos es, pues, necesaria para la investigación penal, para la interpretación de los contratos y obligaciones, para la declaración judicial de los derechos”*<sup>370</sup> y por móvil *“lo que mueve material o moralmente a la acción, se le identifica con motivo, aunque quepa trazar distingo sutiles”*<sup>371</sup>

SANTOFIMIO GAMBOA señala en cuanto al motivo como elemento de existencia y validez del acto administrativo,

“el motivo hace referencia a la comúnmente conocida teoría de la causa, la cual, más que un problema jurídico, se convierte en una extensa discrepancia filosófica. Sin embargo, para exponer una idea sobre ella, podríamos entenderla como el móvil o motivo determinante de la realización del acto administrativo

En el anterior sentido, la máxima corporación contencioso administrativa se ha pronunciado, sosteniendo, certeramente, que la administración pública no puede actuar sin senderos orientadores que le permitan, con la claridad del derecho, proferir los actos administrativos. Debe observar el órgano competente las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso, distinguiendo de todas formas las actividades regladas, de las discrecionales, por cuanto en aquéllas, las mentadas circunstancias están determinadas de antemano por normas de obligatorio cumplimiento; mientras en éstas, la administración goza de un margen de acción para decidir.

Las circunstancias de hecho o de derecho, que provocan la emisión de un acto administrativo, constituyen la causa o motivo del acto administrativo

Estudiar los motivos del acto, como señala Josserand, no es más que “penetrar hasta la esencia misma del Derecho, hasta la causa profunda de los actos jurídicos:... ya que los móviles no son otra cosa, ... sino los resortes de la voluntad, la cual, a su vez da vida al Derecho”

A diferencia de los motivos en las actividades de los particulares, en los órganos públicos que actúan de acuerdo con expresas directivas, superiores o legales, los fundamentos de la actuación de éstos no pueden ser otros que las circunstancias de hecho o de derecho que se deriven precisamente de los asuntos de su competencia. Estas circunstancias son las que deben estructurar la decisión administrativa.

(...)

---

<sup>370</sup> OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Ed. Heliasta S.R.L. Argentina. 1981. Pág. 473

<sup>371</sup> Ibídem.

El derecho positivo Colombiano, obliga a la motivación del acto, sea éste reglado o discrecional, En este último caso, porque se parte de la idea de que lo discrecional, debe necesariamente tener una base legal. Dentro de la primera clase de actos, es decir, los reglados, la motivación puede ser simplemente formal o indicativa de la fuente que da origen a la actuación; o sustancial, cuando se indica de manera sumaria, las relaciones y justificaciones entre las normas que rigen el acto y las razones fácticas que llevan a su expedición. Esto es, porque hay actos, sobre todo los de carácter general, cuya razón está dada generalmente por el simple ejercicio de una norma de competencia. En otras oportunidades, por el contrario, se está determinando o contravirtiendo derechos subjetivos, por esta razón su motivación debe ser esencialmente enunciativa de los argumentos utilizados por la administración.

En el anterior sentido se pronuncia el Art. 35 del C.C.A., cuando indica que “... habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria, si afecta a particulares. En la decisión se resolverá todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite”

Tratándose de los actos discrecionales, el Art. 36 del mismo código, en la creencia de que la discrecionalidad no puede ser sinónimo de arbitrariedad, o ilegalidad, obliga a expresar las razones de su expedición. La disposición indica lo siguiente: “... En la medida en que el contenido de una decisión, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa...”<sup>372</sup>

Sin pretender hacer un estudio extensivo, consideramos a bien, señalar que se ha dado un uso de igualdad de contenidos, tanto a las nociones de causa, motivo y móvil, cuando en esencia estas se diferencian. La manera de descubrir lo que referimos, es posible, al trazar en una línea de momento cada una de estas nociones, por línea de momento, quiero dar a entender, como opera cada una de estas nociones en un tiempo específico de actuación que inicia con la ocurrencia del hecho y culmina en la decisión formal de la administración.

En la noción de *causa* se asimila la ocurrencia de hechos externos a la voluntad de la administración, cuya presencia produce efectos en la órbita de las relaciones jurídicas de la administración<sup>373</sup> (como un todo) con el administrado u otras administraciones (como parte), así no todos los hechos, son determinantes para la administración, pero los que son, no pueden ser desconocidos o rechazados. (Por ejemplo, el nacimiento de una persona)

Una vez presente la causa, como hecho, la administración puede optar de dos formas, reglada o discrecionalmente, en cuanto a la primera, el creador del derecho, previamente a tener presente

---

<sup>372</sup> SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2ª Ed. Bogotá- Colombia. 1994. Pág. 76, 77,78

<sup>373</sup> VALENCIA ZEA, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Parte general y personas. Ed. Temis. 14ª ed. Bogotá- Colombia. 1997. Pág.6 ,7

la existencia de este hecho y lo ha llevado a la estructura de la norma, en un supuesto de hecho imputándole consecuencia jurídica, de esa manera, la administración debe actuar conforme se describe textualmente en la norma, no se admite valoración alguna, a suerte que su actuar queda reducido a un silogismo jurídico. En cambio, en la segunda, una vez presente la causa, se ha dado por el ordenamiento jurídico, la potestad a la administración para que actúe *libremente*. Esta libertad y su descripción sustancial, permite reconocer la diferencia entre motivo y móvil; a diferencia de los particulares, la administración no les es dable actuar caprichosamente, el fin de la prestación del buen servicio, y la satisfacción del interés general<sup>374</sup> marca –dijimos su actuar volitivo- de modo, que el móvil entendido como aquel componente subjetivo en la conducta, en cuanto a la administración estará específicamente *encasillada* a los principios, fines, reglas y valores dados por el ordenamiento jurídico, puede decirse que el *móvil* de la administración existe previamente a la materialización de su conducta (acto administrativo), pero aunque el móvil se encuentre pre-configurado, los motivos a los que puede acudir la administración para actuar respecto de determinada causa, y sin ir en contravía del móvil, pueden ser varios, por ejemplo nótese como en la ocurrencia de una avalancha (Causa) que afecta una vía terciaria, la administración cuenta con la institución de *urgencia manifiesta*, que se plasma en el ordenamiento jurídico con el propósito de contrarrestar las causas, contratando directamente, con el fin de dar solución a la urgencia presentada (móvil: interés público, etc.), la administración frente a la causa, la institución y los móviles, puede optar por varias razones para acudir a la institución de urgencia manifiesta, o por el contrario, pensar en tomar lo sucedido y orientar un proyecto de construcción de otra obra en otro sector, en el que no corran peligro la vida de los ciudadanos (p.ej), debiendo hacer uso de las modalidades de selección objetiva del contratista, v.gr. licitación pública.

O, nótese, por ejemplo, en el caso de existir vacante de magistrado del Consejo De Estado (causa), y debiendo la corporación elegir y nombrar al profesional que ocupe ese puesto, con el acatamiento de los requisitos mínimos exigidos (móvil), pero contando con una potestad discrecional para ello, puede nombrar dentro de quienes cumplen los requisitos constitucionales y legales, el de mejor hoja de vida, el de mayor experiencia, el de mayor estudios, el de mayor reconocimiento académico, todas estas condiciones se traducen en (motivos).

En este sentido, la técnica de control de los hechos determinantes recaerías sobre la causa, la técnica de desviación de poder sobre el móvil, y la falsa motivación sobre los motivos. De modo, que tendríamos que las dos primeras técnicas de control sería de tipo formal o sobre los elementos reglados, y la última, sería un control sustancial, material o de fondo, sobre lo volitivo (motivos) de la discrecionalidad<sup>375</sup>. Estas tres técnicas serían las causales que se pudiesen alegar ante la discrecionalidad aumentada.

---

<sup>374</sup> JEZÉ, Gastón. Los Principios Generales del Derecho Administrativo. Trad. Carlos García Oviedo. Ed. Reus. 1928. Pág. 283 y ss.

<sup>375</sup> Consideramos que los elementos reglados de la discrecionalidad, dentro de estos, los principios generales del derecho (primera acepción), el fin, los hechos, y todos en general, desembocan en la técnica de desviación de poder, lo que resultaría siendo una causal de control de forma. O lo en otras palabras, la causal de anulabilidad del acto administrativo discrecional, por control sobre sus elementos reglados. Mientras, al reconocer la discrecionalidad como *libertad relativa de elección de motivos*, y al hacer evidente

De modo que en este contexto puede concebirse el control mixto de los actos administrativos, productos de la potestad discrecional y de la discrecionalidad aumentada. La exigencia de motivación en la discrecionalidad aumentada se enfatiza en que en ella, la administración fundamenta el motivo y expone las razones de arrastre del hecho al concepto jurídico indeterminado.

La actuación de la administración, reglada o discrecional, se materializa en un acto administrativo, dentro del cual se contiene la causa, el móvil y el motivo, debiendo expresarse en el cuerpo del acto administrativo (motivación) Por ello, de la causa, del móvil y el motivo debe predicarse una unidad, no puede desfragmentarse cada uno de estos elementos, aislándolos, pues eso sería contraria la misma lógica del derecho y en particular, de la unidad que pregonan del ordenamiento jurídico (CN. Preámbulo. Art. 1), El Estado (CN art. 2, 4, 6) y el poder público (art.113 CN).

En esa línea de argumentación, la falsa motivación sería una modalidad específica de la desviación de poder, en la cual se haya el control por los hechos determinantes, así, solo contaríamos con dos técnicas de control de la discrecionalidad, y de la discrecionalidad aumentada, un control sobre los elementos reglados de toda discrecionalidad, logrado por la *desviación de poder*, y un control sobre la esencia concreta de la discrecionalidad, por medio de la *falsa motivación*.

En la jurisprudencia de 1951 y hasta 1979 del Consejo de Estado Colombiano, y en vigencia del código contencioso administrativo (ley 167 de 1941), se presentó, que la falsa motivación se entendió como modalidad específica de la desviación de poder<sup>376</sup>, la razón era importante: la

---

la carga de motivación en el *acto discrecional*, el control de fondo de esta se lograría por la técnica de *falsa motivación*.

<sup>376</sup> Sentencia del 30 de julio de 1959, radicación: sin número. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo. CP. ANDRES AUGUSTO FERNANDEZ. En otra ocasión el CONSEJO DE ESTADO se refirió a la causal de *desviación de poder por falsa motivación* (Artículo 66 C.C.A. Ley 167 de 1941) al estudiar la acción de plena jurisdicción interpuesta por la Sociedad "CIUADELA INDUSTRIAL TIBITO S.A.", en la cual solicita se declare la nulidad de las Resoluciones 310 y 383 de abril 13 y mayo 6 de 1971, dictadas por la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá "CAR" por medio de las cuales se le negó una concesión de aguas en el río Bogotá y se dispuso no autorizar unos vertimientos de aguas negras, aguas lluvias y residuos industriales líquidos. Manifesto lo siguiente: "*La desviación de poder, que es una forma de ilegalidad indirecta, supone que los móviles del acto administrativo no corresponden con los fines de la Ley, lo cual se traduce en la utilización de una facultad legal o reglamentaria para un propósito diferente al fin para el cual se confirió la facultad. (...) Esta falta de correspondencia o de concordancia entre el móvil del acto y los fines legales puede obedecer a actitud intencionada de la persona a través de la cual se expresa el órgano o circunstancias de fuerza o violencia ejercitadas contra esa misma persona y determinantes de su voluntad. (...) A la primera hipótesis corresponde la teoría denominada tradicionalmente, pero con poco acierto, de la "falsa motivación". (...) Cuando se invoca "la falsa motivación" surge para el actor la carga de probar el verdadero y oculto móvil del acto. Esta prueba, confrontada con los fines perseguidos por la Ley, le permite al juez verificar la discordancia anotada para concluir que el ejercicio del poder fue desviado". (...) "Si no concurren los presupuestos de una "falsa motivación" podría pensarse en la posibilidad de una motivación por error, (carga que si no se enuncia así, podría inferirse de la forma como el demandante plantea los hechos). Pero entonces el problema se desplaza del marco de la teoría de la desviación de poder al de la teoría del error como vicio de nulidad del acto. Habría "motivación por error" cuando la apreciación de la prueba Sobre los hechos que fundamentan el motivo, conduce a dar por establecido lo que no existe o, por demostrado, lo inexistente. (...) Ocurre que la motivación por error*

administración debe actuar conforme al principio del buen servicio, y en general de la satisfacción del interés general, este es el derrotero de su actuar, de modo que puede en ocasiones motivar sus decisiones incorrectamente, pero esto no puede afectar los principios que dirigió la actuación, así se hablaba de la posibilidad de desviación de poder por falsa motivación, en la cual se exigía que no solo la administración hubiese motivado falsamente su decisión, sino que en esta actuación incorrecta, se afectara el principio de buen servicio o del interés público, de no presentarse ello, no podría predicarse la nulidad del acto.

En sentencia de 1951 El Consejo de Estado refería con plena objetividad a la teoría de la falsa motivación con relación al ejercicio de potestades discrecionales, aludiendo a las enseñanzas del Francés Gastón Jézé en los siguientes términos:

“A la doctrina de la motivación falsa o por motivos materialmente inexactos, traídos del expositor francés Gastón Jézé, debe dársele una interpretación lógica teniendo en cuenta las circunstancias de la causa., como él mismo lo expresa.

El célebre Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París la expone así:

El régimen general establece que la facultad de dejar cesante o destituir a los agentes públicos jerarquizados está contenida implícitamente en el poder jerárquico del jefe de servicio. Como a este funcionario le incumbe la responsabilidad por el buen funcionamiento del servicio, tiene facultad de dejar cesante, así como tiene facultad de nombrar. Esta facultad es discrecional. El jefe de servicios no está obligado a declarar los motivos que le han determinado a destituir, Pero si a pesar de no estar obligado a ello los diera, es preciso que tales motivos sean verdaderos, y únicamente inspirados por la preocupación del interés público.

Refiriéndose luego a la manera como el Consejo de Estado en Francia ha interpretado esta norma, agrega:

El jefe de servicio tiene competencia discrecional para asegurar el buen funcionamiento del servicio público, pero su competencia se funda, exclusivamente, en esta necesidad. Todo ejercicio de esa competencia que no tenga por objeto el servicio público constituye un exceso de poder.

Luego dice: Si el jefe de servicio ejerce la facultad de destituir, teniendo en vista motivos distintos al buen funcionamiento de servicio, comete un exceso de poder y su resolución es nula. a) Está viciada de desviación de poder y es jurídicamente nula toda resolución motivada por consideraciones ajenas al servicio público: odio o venganza política, por ejemplo. b) Es nula toda destitución retroactiva... etc.”<sup>377</sup>

Antes del pronunciamiento de 1951 la situación ante el Consejo de Estado no era similar, pues, todo acto administrativo que recayera en falsa motivación se decretaba su nulidad, la tesis en ese

---

*también exige la prueba de éste mediante un examen de hechos y de dictámenes técnicos pero la verdad es que esta prueba no se produjo dentro del proceso contencioso”*

<sup>377</sup> Sentencia del 08 de octubre de 1951. Radicación 1191 CP. Eduardo Pineros y Pineros, en esta providencia se resuelve la nulidad del acto administrativo que separo del cargo al gerente de la segunda sección de las empresas públicas municipales de Medellín doctor Osear Duque, el cual se motivó aludiendo aceptación de renuncia.



momento, era considerar que al relacionarse motivo con causa, y este o esta no ser cierta, no era posible admitir en el ordenamiento jurídico que se soportara en hechos inexistentes.

En 1974, la corporación sostendrá al estudiar la nulidad del acto administrativo por el cual se retiraba del cargo a un funcionario de libre nombramiento y remoción alegando aceptación de la renuncia cuando ésta en realidad no se había presentado, entendiendo la falsa motivación como modalidad especial de la desviación de poder, lo siguiente:

“Sólo en el artículo 66 del C. C. A., que consagra la acción de nulidad contra los actos administrativos por desviación de las atribuciones propias del agente u órgano de la administración que los haya proferido puede hallarse fundamento legal para incoar una acción como la presentada en este juicio.

Porque es preciso recalcar que la entre nosotros llamada falsa motivación no es sino una de las formas o modalidades que puede revestir "la desviación de las atribuciones propias" de quien profiere un acto administrativo. Configurada esa desviación se anulará el acto, según el artículo 66, y, si el acto lesiona un derecho "establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo" la persona lesionada podrá pedir, además de la anulación, el restablecimiento de su derecho, como lo establece el artículo 67 del C. C. A.

Como introducción al estudio de la cuestión planteada en este juicio es oportuno recordar ciertos principios básicos sobre el fenómeno jurídico denominado desviación de poder, deslindándolo de los otros, más fácilmente comprensibles, que prevé el artículo 66 del C. C. A., como razones o causas para fundar la acción de nulidad que él consagra.

Nuestro Código Contencioso Administrativo de 1941 fue proyectado por ilustrados juristas que se inspiraron principalmente en las doctrinas que han tenido por fuente la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia. Y el artículo 66 de ese Código viene a ser una síntesis muy bien lograda de las causales de nulidad instituidas a través de sus fallos por el Consejo de Estado francés, el cual ha gozado de la más amplia libertad para decidir si se ajustan o no a derecho los actos de la administración sometidos a su control jurisdiccional.

El citado artículo 66 establece cuatro diferentes clases de causas para fundar la acción, aunque es no sólo posible sino frecuente que concurran en un caso varias de ellas.

Primera. Que el acto impugnado viole una norma superior, es decir, una de las normas de derecho positivo a que se refieren los artículos precedentes del Código. En estos casos se plantea simplemente un problema de derecho. La solución debe surgir de la comparación de lo decidido en el acto acusado con la disposición que se dice violada.

Segunda. Que el acto haya sido expedido en forma irregular. Aunque este motivo podría asimilarse al anterior, puesto que la irregularidad tiene que consistir, como es obvio, en el quebrantamiento de una regla o norma, el motivo aquí contemplado parece concretarse a la violación o incumplimiento de las reglas procedimentales a que el acto hubiera debido ceñirse. También se plantea aquí una cuestión de derecho positivo, aun cuando precise demostrar los hechos constitutivos de las fallas en el procedimiento que fundamenten la acusación de irregularidad en la expedición del acto.

Tercera. Abuso de las atribuciones propias del órgano o agente de la administración que dictó el acto. Aquí se contempla la falta de la competencia legal del funcionario, o el

desbordamiento de ella, lo cual presupone la existencia de una norma atributiva de la competencia. Así, el abuso de poder queda configurado por el quebrantamiento de las normas positivas sobre facultades o atribuciones del órgano o agente de la administración.

Cuarta. Desviación de las atribuciones propias del órgano o agente de la administración que profirió el acto. Aun cuando originalmente fue sólo una modalidad del abuso del poder, este cuarto motivo de anulabilidad ha adquirido en la doctrina caracteres propios. Viene él a ser el único que no implica violación, al menos directa, de una norma de derecho positivo, puesto que si la implicara la causa de la acción no pertenecería a esta clase sino a una de las anteriores. Por esta razón, cuando la causal invocada para demandar la nulidad del acto está circunscrita a la desviación del poder, el juzgador a instancia del demandante y con vista de lo alegado y probado tiene que apreciar si esa desviación de poder quedó configurada. Esto quiere decir que de las circunstancias de hecho comprobadas en el juicio debe deducir el juzgador si con el acto impugnado incurrió el órgano o agente administrativo en desviación de las atribuciones propias de su cargo.

¿Y cuándo puede decirse que se ha incurrido en desviación de poder a la luz de la doctrina que ha venido moldeando ese fenómeno jurídico y lo ha erigido en causal de nulidad de los actos administrativos? Según la doctrina, lo que viola el acto dictado con desviación de poder no es ningún texto legal definido y concretamente citable, pues automáticamente la cuestión quedaría comprendida entonces en alguna de las otras causales de anulación. Lo que viola el acto dictado con desviación de poder es, en último análisis, el postulado básico del estado de derecho que pudiera enunciarse así: El poder público no se justifica sino en función de servicio a la colectividad. De este postulado se deduce, en primer lugar, que la discrecionalidad con que pueden obrar los órganos del poder en ejercicio de sus atribuciones no es jamás ilimitada. Y, en el campo administrativo, donde es necesaria la facultad discrecional sobre la oportunidad y conveniencia de un gran número de las decisiones que hayan de adoptarse (pues que la ley no puede preverlo y regularlo todo), cualquier decisión ha de ser tomada únicamente en orden al normal y correcto funcionamiento del servicio público o, en otras palabras, debe ser siempre motivada por razones de buen servicio. Y como todo acto administrativo obedece siempre a motivos, quien impugna un acto administrativo porque fue proferido "con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación" correspondiente, afirma que el agente administrativo ya no obró en función del buen servicio sino por motivos ajenos a dicha finalidad ineludible. De ahí que en todo juicio de nulidad del acto administrativo por desviación de poder son los motivos determinantes del acto impugnado los que hay que juzgar.

Esos motivos tienen que ser razones de buen servicio para que impliquen el uso legítimo de la atribución respectiva, ya que ésta se confiere al agente u órgano de la Administración sólo para que la ejerza por motivos y para fines de buen funcionamiento del servicio que se le haya confiado, y no por móviles de afecto o desafecto personal, de malevolencia o de favoritismo, en contra o en beneficio de alguien. En la impugnación de un acto administrativo por desviación de poder siempre se encuentra al menos implícito, un cargo al agente u órgano administrativo que lo profirió. Ese cargo vendría a ser el de que ha sido desleal para con la Administración misma, pues para dictar el acto se ha inspirado en móviles contrarios a la moralidad, o a la imparcialidad, o a la veracidad, cualidades que deben existir siempre en la motivación, expresa o tácita, del acto administrativo para que él se justifique.

Cuando se habla de motivación falsa se sugiere voluntaria y, por tanto, dolosa falsificación de la verdad. .Ello puede implicar la afirmación de que el funcionario ha cometido un delito. La cuestión debe llevarse entonces al conocimiento de la justicia penal para los fines consiguientes. Entre ellos el de la responsabilidad pecuniaria del funcionario inculcado para con la víctima de su delito.

Pero aquí, aun cuando el apoderado del actor dice que el acto impugnado contiene una falsedad al afirmar que su cliente había renunciado, no parece darle a esa expresión otro alcance que el de una inexactitud material. En ese sentido se toma aquí, y no en el de dolosa falsificación de la verdad, porque si tal fuera el caso y apareciera comprobado debería dar lugar a la denuncia penal respectiva contra el funcionario que se hubiera desviado del uso legítimo de sus atribuciones forjando una falsedad para motivar un acto administrativo con daño de alguna persona.

En cuanto a la motivación materialmente inexacta, puede por sí sola constituir una desviación de las atribuciones propias del agente u órgano administrativo, puesto que si el acto se dicta por motivos inexistentes, en realidad carece de motivos. Y esto querría decir que quien lo profirió no obró en función de servicio público, sino caprichosamente, lo cual es inaceptable. Acaso inventó el motivo, desviándose así de sus atribuciones de funcionario, al actuar por móviles ajenos a la función pública de servicio.

Sin embargo, dentro de esta hipótesis de la inexactitud material, cabe a la administración demostrar que el motivo inexacto fue expresado por explicable error y que existía para justificar el acto un motivo suficiente que no se expresó en su oportunidad. En este caso no se configuraría la desviación de poder. Aunque errada materialmente la motivación, el mero error en que se hubiera incurrido sin intención de desconocer y sin desconocer de hecho ninguna norma positiva ni ningún principio superior de moralidad o de juridicidad, no revela desviación de las atribuciones propias del funcionario, si por otro lado aparece un motivo suficiente para legitimar el acto.

Las anteriores consideraciones se refieren a la desviación de poder considerada en abstracto, es decir, sin referirse a un caso o modalidad determinada.

No sobra, por tanto, hacer algunas consideraciones relativas a la modalidad especialísima que en el presente juicio se contempla y que en los últimos años «se está presentando con frecuencia. Se trata de la desinvestidura de un empleado público, motivada con una renuncia que en realidad no ha sido presentada, y que no hubiera sido necesaria para ese efecto por tener el agente u órgano de la administración la facultad de remover libremente al subalterno. Actos como ese son acusados por desviación de poder, en su modalidad especial de falsa o inexacta motivación. En algunas ocasiones se atribuyen al agente de la administración torcidos móviles que quiso disfrazar con la invención de la renuncia. Así se ha hecho en el caso que se estudia. En otras el demandante se atiene simplemente al hecho escueto de la inexactitud del motivo. Se funda para ello en que la jurisprudencia ha considerado que el motivo expresado en el acto administrativo debe presumirse determinante de éste. Y así debe ser. Pero ello no implica que sea imposible demostrar en el juicio que hubo otros motivos justificativos de la decisión de destituir al empleado.

Por otra parte, a la luz de nuestra legislación nacional, la simple aseveración de que hubo una renuncia para motivar la desinvestidura de un empleado que hubiera podido ser removido de su cargo sin explicación ni motivación alguna, no parece que pudiera tenerse,

por sí sola, como indicio de torcido o desviado empleo de las atribuciones discrecionales del agente administrativo.

Mientras no se dicten las normas que organicen el servicio civil en todos sus detalles y regulen y encaucen lo que hoy es absolutamente discrecional en materia de provisión de los empleos y remoción de los empleados, los jefes de la administración pueden destituir de sus cargos (salvo las expresas excepciones legales) a sus subalternos sin motivación alguna. Y pueden también, previo el procedimiento de rigor en materia disciplinaria, imponer la suspensión y hasta la destitución a los empleados que no estén amparados por períodos fijos o no pertenezcan a carreras administrativas legalmente organizadas, sin que la resolución adoptada en tales procesos disciplinarios esté sometida al control jurisdiccional (art. 73, ordinal 3º, C C A.)”<sup>378</sup>

Antes del año 1979 puede decirse se había presentado dos situaciones frente a la declaratoria de insubsistencia de funcionarios de libre nombramiento y remoción, y, recíprocamente dos líneas de pronunciamiento teórico por parte del Consejo de Estado, como dijimos de 1941 hasta 1951, los actos administrativos que eran falsamente motivados, eran declarados nulos, a diferencia de 1951 y hasta 1979 donde partiendo de la idea del profesor francés Gastón Jezé, se entendió aunque no unánimemente por los miembros del Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo, (prueba de ello, los salvamentos de votos en muchas de las ocasiones), ni por los tribunales de primera instancia, que fin y realidad se conservaban en una ámbito de unidad, lo que quería decir, que si bien la administración “mentía” sobre la realidad, pero esa mentira no transgiversaba el principio de buen servicio o satisfacción del interés público, no era dable a la corporación declarar la nulidad del acto. De acuerdo a ello, se vieron casos en el Consejo de Estado, en los cuales la administración separaba del cargo a un funcionario de libre nombramiento y remoción aludiendo aceptación de la renuncia, y sucedía que el funcionario “*nunca*” había presentado tal renuncia, aun así, la corporación sostuvo la legalidad de los actos, al identificar que si bien es cierto se mentía sobre la “causa” o el motivo, no se afectaba el principio de interés público y por lo tanto no había posibilidad de pensar en una desviación de poder por falsa motivación, pues, para que se presentará debían estar conjugadas en una sola ambas situaciones<sup>379</sup>.

En el año 1979, el Consejo de Estado, despolvando y haciendo una re-interpretación de la hecha en 1951 por la misma entidad, de la doctrina de la motivación material inexacta, entiende que si el

---

<sup>378</sup> Expediente 1635 del ocho de marzo de 1974. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección primera. CP. CARLOS GALINDO PINILLA. Véase sentencia del 14 de septiembre de 1961. Radicación: sin número, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo. CP. RICARDO BONILLA GUTIERREZ

<sup>379</sup> En 1969 la falsa motivación era falsedad en los hechos, en relación con la desviación de poder era la afectación del principio de buen servicio así se decía que habiendo falsa motivación no tenía porque haber desviación de poder - “*Cabe hacer, de este modo, una importante distinción, Una cosa es la falsa motivación del acto y otra, muy distinta, la desviación del poder público. Esta desviación por parte del funcionario, conduce a veces, pero no siempre a una falsa motivación del acto gubernativo. El elemento que debe llevar a la anulación del acto no es tanto la falsa motivación como la desviación de poder. Por ello, lo esencial, en un caso como el de autos, no es si hubo o no falsa motivación sino, más bien, si hubo una evidente desviación del poder público, que condujo al funcionario a motivar falsamente su providencia. Por ello, es indispensable, en cada caso concreto, analizar los motivos determinantes del acto, para llegar a concluir si hubo o no desviación del poder y si, por lo mismo, el acto debe ser anulado.*” Sentencia del 25 de noviembre 1965. Radicación: sin número. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo. CP. ANDRÉS HOLGUÍN

motivo no existe o lo que es lo mismo el hecho no está presente, no hay razón alguna para predicar la legalidad del acto; así, al juzgar la nulidad de las Resoluciones N° 1781 del 22 de marzo y 2092 del 30 de abril originadas en la Gerencia General del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares (ICCE), por medio de las cuales se separaba del cargo al señor JOSE MANUEL DIAZ-GRANADOS GOENAGA, de Gerente Seccional del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares (ICCE) en el Magdalena, señalando aceptación de renuncia, cuando esta no se había presentado en ningún momento por parte del demandante, decidió declarar la nulidad y ordenar el restablecimiento del derecho. Motivado en lo siguiente:

“En concepto de la Sala la jurisprudencia citada por el señor fiscal no es exactamente aplicable al caso de autos para defender la validez de los actos acusados, pues si bien es cierto que en la "hipótesis de la inexactitud material cabe a la administración demostrar que el motivo inexacto fue expresado por explicable error y que existía para justificar el acto un motivo suficiente que no expresó en su oportunidad", en el presente caso la administración no ha explicado cómo se produjo el error o que motivo suficiente puede explicarlo. Por el contrario la jurisprudencia citada confirma que la motivación materialmente inexacta puede por sí sola constituir una desviación de las atribuciones propias del agente u órgano administrativo, puesto que si el acto se dicta por motivos inexistentes, en realidad carece de motivos. Y esto querría decir que quien lo profirió no obró en función de servicio público, sino caprichosamente, lo cual es inaceptable”<sup>380</sup>

En ese sentido, en 1979 y de acuerdo a la tesis de la *motivación materialmente inexacta*, se cambia el rumbo decisional que venía desde 1951 sosteniendo el Consejo Estado, pero además de ello, como la referida sentencia, abrió las puertas argumentativas para separar la falsa motivación de la desviación de poder, y considerarlas causales individuales, lo que efectivamente ocurrió en el año 1981, cuando el Consejo de Estado señaló-

“Si hay desviación de poder cuando el fin perseguido con el acto no es del servicio público, o cuando se violan las atribuciones propias del cargo, desviándolas en sus fines, y si hay falsa motivación por ausencia de motivos o por error en los mismos, debe concluirse que las dos especies de vicios son en algunas ocasiones distintas y en otras pueden configurarse simultáneamente, pues es evidente que la desviación puede conducir a explicar la razón de ser de la falsa motivación.

Además, la falsa motivación puede ser generada por error o inexactitud, evento éste el de mayor ocurrencia, pero también puede serlo por motivación incompleta. Es decir, si el error considerado genérico y aristotélicamente consiste en la no conformidad del pensamiento con su objeto, con la realidad, habrá que decir que la motivación incompleta, la no consideración de todos los elementos de juicios aportados regular y oportunamente, es también causal generadora de error y, por lo tanto, de falsa motivación.

Es el caso de autos, en el que hubo motivación incompleta al no considerarse en el acto acusado la totalidad de la documentación aportada para acreditar los requisitos a cargo de la Empresa interesada. Consecuencialmente hubo falsa motivación, que podría estimarse también como desviación de poder si se aceptase como tal la violación, por acción u

---

<sup>380</sup> Sentencia del 09 de octubre de 1979. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda. Radicación: sin número. CP. IGNACIO REYES POSADA

omisión de los deberes del cargo, propias del administrador, de considerar todos los elementos probatorios allegados para su consideración.

Lo anterior permite concluir que dado el vicio anotado, el acto administrativo acusado debe ser anulado. Simplemente anulado, por cuanto que esa anulación obviamente no implica el reconocimiento de la exención tributaria impetrada, ya que para que ésta se produzca es menester la producción del acto-condición expresado en el Acuerdo del Concejo Municipal que así lo declare”<sup>381</sup>

La idea de separar la desviación de poder, la falsa motivación, como la producción irregular del acto, la falta de competencia, etc. en causales particulares, subsiste hasta nuestros días<sup>382</sup>. En el ordenamiento jurídico Colombiano, la idea de particularización tomó fuerza en el decreto 01 de 1984 expresamente en el artículo 84, y en el nuevo código en el artículo 137 en el cual no se hizo cambio alguno<sup>383</sup>

En 1984 se discutirá la nulidad de la Resolución No. 2593 de 30 de julio de 1982 expedida por el Ministerio de Comunicaciones, en virtud de la cual se concedió "licencia a la sociedad 'Super Radio' para construir y montar la Estación de radiodifusión Sonora en amplitud modulada (A. M.) denominada 'Radio Super' de la ciudad de Tunja, Departamento de Boyacá; el actor alegaba, por un lado, desviación de poder por cuanto ni en la solicitud ni en la motivación de la resolución acusada se explica cuáles son las razones de carácter cultural, geográfico o de soberanía que hicieron aconsejable otorgar una licencia sin tener en cuenta el número de habitantes del Municipio de Tunja, esto es, por ninguna o insuficiente motivación. y por el otro, acusaba la resolución cuestionada en el presente proceso por violación del parágrafo 4o. del artículo 99 del Decreto 2085 de 1975, modificado por el artículo 1o del Decreto 1111 de 1980, porque según él, en el Municipio de Tunja no había razones de carácter cultural, geográfico o de soberanía que hicieran aplicable la norma de excepción.

---

<sup>381</sup> Sentencia del 22 de mayo de 1981, expediente 6020, Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección cuarta. CP. GUSTAVO HUMBERTO RODRIGUEZ. En esa oportunidad se discutía la nulidad Resolución No. 023 del 23 de noviembre de 1977 de la Jefatura de impuestos del Municipio de Bello, en la cual le negaba exención de algunos impuestos a la empresa NOPCO COLOMBIANA S.A, sin pronunciarse sobre todos los documentos allegados por la empresa. El consejo de Estado entendió que allí se presentaba una motivación incompleta del acto administrativo, que lo conducía a ser contrario a derecho, nulo, no por desviación de poder, sino por falsa motivación.

<sup>382</sup> De la falsa motivación y la desviación de poder ha pregonado recientemente el Consejo de Estado, que ésta se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hecho, estos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, que son modalidades de la falsa motivación, así ha entendido como vicio de ilegalidad del acto administrativo, que es la falsa motivación se presenta cuando de las consideraciones de hecho o de derecho que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico Expediente 52001-23-31-000-1996-07894-01(15469) 17 de agosto de 2007. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección tercera. CP. MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Véase también: Expediente 25000-23-24-000-2005-00219-01, del 4 de octubre de 2012. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección primera. CP. MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO.

<sup>383</sup> GUECHA MEDINA, Ciro Nolberto. Acciones o Pretensiones Contencioso Administrativas. Acorde con la ley 1437 de 2011. Ed. Ibáñez. Bogotá-Colombia. 2013. Pág.59.

Lo que se presentaba en el caso en concreto era básicamente lo siguiente: por medio de decreto legislativo 3418 de 1954, reglamentado por el decreto 2427 de 1956, se establecía unos requisitos de imperioso acatamiento que debería tenerse en cuenta para la concesión de frecuencias a las emisoras, dentro de estos requisitos, se contaba uno importante, como era el número de habitantes certificados por DANE (art. 363). Ahora bien, el artículo 89 del Decreto reglamentario 2085 de 1975 hacía referencia a la expedición de licencias para estaciones privadas de radiodifusión sonora en amplitud modulada (A. M.), mencionando al número de habitantes de los Municipios, explicando, por ejemplo, que las estaciones de 2a. clase podrán funcionar en un Municipio a razón de 1 por cada 100.000 habitantes, y que las estaciones de tercera clase podrán funcionar en el mismo sitio a razón de 1 por cada 30.000 habitantes. Pero mediante Decreto 1111 de 1980 se modificó el artículo 99 y se derogó el 95 del Decreto 2085 de 1975 y en el párrafo 4o. del artículo se estableció una excepción al requisito de número de habitantes, señalando expresamente *"no obstante las anteriores limitaciones, el Ministerio de Comunicaciones, por razones de carácter cultural, geográficas o de soberanía, podrá autorizar el funcionamiento de estaciones de radiodifusión sin tener en cuenta el número de habitantes del Municipio donde funcionará la emisora"*. Para el año que se otorgó la licencia a "Súper radio" no se contaba con el número de habitantes exigido por el decreto 2085 de 1975, pero, lo que sucedió es que el ministerio de Comunicaciones concedió la alegando la excepción contenida en el decreto 1111 de 1980, es decir, por las razones allí establecidas, sin motivar el acto administrativo que concedió el permiso.

Esta sentencia resulta de nuestro interés, pues además de confirmar la diferencia entre desviación de poder y falsa motivación<sup>384</sup>, el máximo tribunal, entenderá los conceptos cultural, geográfico, o de soberanía como "formulas comodín", señalando que frente a ellos, no había otra opción para la administración que motivar la decisión tomada, pues la naturaleza de la *formula comodín* que "nada dice de nada" así lo exige.-

"En relación con los cargos anteriores la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones

PRIMER CARGO: DESVIACION DE PODER.— Ha sostenido el Consejo de Estado que en todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son el órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma. En lo que se refiere a los motivos ha expresado la Corporación que la administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la determine a tomar una decisión. "En las actividades fundamentalmente regladas, los actos de la administración están casi totalmente determinados de antemano; en cambio, en las actividades discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debe tomar en cuenta las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo. Las circunstancias de hecho o de derecho que, en cada caso, llevan a dictar el acto

---

<sup>384</sup> Véase: expediente 5501, 17 de febrero de 2000, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, sección tercera. CP. Manuel S. Urueta Ayola; Expediente 16718, 9 de octubre de 2000 Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo. Sección Tercera. CP. Germán Rodríguez Villamizar; Expediente 9347, 29 de agosto de 1996; CP. Carlos Betancur Jaramillo; Y expediente 14855, 29 de abril de 1999, CP. Daniel Suárez Hernández.

administrativo constituyen la causa, o mejor, el motivo de dicho acto administrativo" (auto de marzo 9 de 1971 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo).

Pero también se tiene como un axioma jurídico en nuestro derecho que no basta la existencia de un motivo para justificar el acto administrativo sino que éste debe ser real y serio, adecuado o suficiente e íntimamente relacionado con la decisión, es decir, tener capacidad para justificarlo dentro de la idea de satisfacer el interés general o público, para lo cual se han dado las competencias administrativas.

Por otra parte se debe distinguir la necesidad de la existencia o suficiencia de motivos para la expedición de un acto y la obligación de la administración de expresarlos. Esta obligación no existe como regla general, por cuanto se presume legalmente la existencia de motivos, por lo que ella sólo surge cuando la Constitución o la ley así lo exija o cuando dicha necesidad se imponga por ciertas circunstancias especiales que la exija para hacer posible el control de legalidad del acto administrativo. La doctrina y la jurisprudencia sostienen que la expresión de los motivos debe hacerse, además de los casos exigidos por la Constitución y la ley, en los siguientes: cuando por el acto se extinga o modifique una situación jurídica ya creada; cuando se cambie una práctica administrativa sin que se produzca modificación en el ordenamiento jurídico; cuando el acto esté en contradicción con actuaciones o documentos que formen parte del proceso previo a su expedición; cuando el acto se expide cumpliendo ciertos factores establecidos como presupuestos del mismo en la ley; cuando el acto se expide aplicando normas de excepción o de restrictiva interpretación; cuando el acto cree situaciones perjudiciales para el administrado. Estos casos son apenas pautas señaladas por la jurisprudencia, ya que es difícil determinar con precisión cuándo en un acto deben expresarse los motivos que lo justifican o sirven de sustento a la decisión en él contenida. La insuficiencia de los motivos es causal de nulidad del acto administrativo por desviación de poder, en tanto que la no expresión de los motivos cuando a ello hubiere lugar es causal también de anulación del acto pero por vicio de forma, es decir, por expedición irregular del mismo. Hoy se contempla como causal autónoma de nulidad del acto administrativo en el nuevo Código Contencioso Administrativo la falsa motivación (artículo 84).

Se ha dicho igualmente que cuando se motive un acto administrativo, la motivación debe ser seria, adecuada o suficiente y además íntimamente relacionada con la decisión que por él se tome, por lo que no cumplen este requisito las fórmulas de comodín o sean aquellas susceptibles de ser aplicadas a todos los casos a pesar de sus peculiaridades. Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado en sentencia de 30 de agosto de 1977 Anales 2o., diciembre 7, pág. 122, lo siguiente:

"La administración, por regla general, no tiene por qué expresar los motivos que le sirven de apoyo a su medida, ya que el deber de motivar constituye la excepción. Pero de esta observación no se concluye que los actos administrativos puedan carecer de motivo legal porque es bien sabido que éstos tienen que corresponder a la existencia de una situación fáctica o legal anterior de carácter determinante, máxime cuando con dichos actos se efectúen ciertas situaciones jurídicas ya creadas.

"De allí que la carencia de motivos justificativos deje ver que la administración obró por razones ocultas, por fuera del interés de la comunidad; o por simple capricho, desviándose en ambas hipótesis de sus fines propios.



"Cuando la ley exige que el acto debe ser motivado la expresión de las razones justificativas se convierte en un elemento formal, cuya omisión lo hace anulable por expedición en forma irregular.

"La doctrina y la jurisprudencia, además de la exigencia legal, estiman que la motivación se impone en ciertos casos por el principio de la legalidad de la administración, puesto que de esta manera podrá el juez, al ejercer su control, constatar si el acto se ajusta a la ley o si corresponde a los fines señalados en la misma.

"Aunque no es fácil definir cuándo un acto debe ser motivado, la doctrina ha sentado ciertas pautas a ese respecto. Así ha sostenido que deberá motivarse el acto que extinga o modifique una situación jurídica ya creada; el que cambia una práctica administrativa sin que se produzca modificación en el ordenamiento; el que esté en contradicción con actuaciones o documentos que formen parte del proceso previo a su expedición; el que se expide siguiendo ciertos factores señalados como presupuestos en la ley; en fin, todo el que cree situaciones perjudiciales para el administrado.

"Visto lo anterior, se agrega:

"Si los motivos del acto administrativo se refieren a la constatación de la situación fáctica, a su calificación jurídica o a la interpretación de la ley que lo fundamenta, el control es de legalidad y puede ir hasta la confrontación de la exactitud de los motivos expuestos.

"Si la ley obliga a motivar o la naturaleza del acto impone la expresión de los motivos, la no manifestación de éstos constituye expedición en forma irregular.

"Si la administración motiva sin estar obligada a ello, los motivos expresados serán susceptibles de control jurisdiccional y su inexactitud podrá producir la anulación del acto.

"Finalmente, la motivación, ante todo, debe ser seria, adecuada o suficiente e íntimamente relacionada con la decisión que se pretende, rechazándose así la que se limita a expresar fórmulas de comodín o susceptibles de ser aplicadas a todos los casos. Estas fórmulas se estiman insuficientes y el acto que las presentó como justificación, carente de motivación.

"En opinión de la Sala, la resolución en estudio adolece de esta última falla, tal como se aplica luego a la transcripción del siguiente párrafo de la motivación: 'Que hecho el estudio del expediente se observa que las reformas introducidas a los estatutos vigentes se ajustan a las prescripciones del artículo 369 del Código Sustantivo del Trabajo, y no son contrarias a la Constitución Nacional y leyes de la República, ni a las buenas costumbres del país'.

"La obligación de motivar no se cumplió con la formulación del párrafo transcrito, ya que las frases allí empleadas servirían o son susceptibles de ser aplicadas a todos los casos de reformas estatutarias y son las clásicas fórmulas de comodín que nada dicen ni indican. Tampoco se aprecia allí mismo los fundamentos enunciados por el artículo 387 del Código Sustantivo del Trabajo. Y la referencia que se hace del artículo 369 del mismo Código no es pertinente, puesto que esta norma determina los procedimientos y la competencia pero no los motivos o las circunstancias de hecho para variar la composición de la Asamblea General del Sindicato".

Haciendo aplicación de la doctrina que se acaba de exponer al caso sub-júdice, encuentra la Sala que en éste la motivación dada para no considerar la población del Municipio de Tunja conforme a la regla establecida en el literal c) del artículo 99 del Decreto 2085 de 1975, tal como quedó modificado por el artículo 1o del Decreto 1111 de 1980, es insuficiente porque se usó una fórmula de comodín, lo cual hace que se considere que realmente no hubo motivación para tomar la decisión en el sentido en que se hizo conceder la licencia solicitada por el señor Alvaro Pava Camelo como representante de la sociedad "Super Radio". En efecto, al respecto se tiene lo siguiente:

El señor Alvaro Pava Camelo mediante escrito presentado el 19 de agosto de 1981 solicitó al Ministerio de Comunicaciones "licencia para construir, montar y poner en funcionamiento una estación de radiodifusión comercial en Ondas Heptométricas de Tercera Clase, con potencia de cinco (5) kilovatios en antena, que se denominará 'Radio Super', para el servicio de radiodifusión en Amplitud Modulada (A. M.) de carácter recreativo, en la ciudad de Tunja, Departamento de Boyacá" (folio 125 Cuaderno de antecedentes Administrativos).

Después de reseñar el memorialista los documentos que acompañaba para dar cumplimiento a las disposiciones que sobre el particular traen el Decreto 2085 de 1975 y la Resolución 0341 de 1978, modificada por el Decreto 1111 de 1980, expresa lo siguiente:

"11. Sobre aspectos de población téngase en cuenta lo establecido en el parágrafo 4o. del artículo 1o del Decreto 1111 de 1980" (folio 125 etc, del expediente administrativo).

El artículo 1o del Decreto 1111 de 1980 modifica el artículo 99 del Decreto 2085 de 1975 y en el parágrafo 4o. establece lo siguiente:

No obstante las anteriores limitaciones, el Ministerio de Comunicaciones, por razones de carácter cultural, geográficas o de soberanía, podrá autorizar el funcionamiento de estaciones de radiodifusión sin tener en cuenta el número de habitantes del Municipio donde funcionará la estación".

Luego de habérsele dado a la solicitud anterior el trámite correspondiente y hechos los estudios exigidos para el caso, según aparece en el cuaderno que contiene los antecedentes administrativos, se expide la Resolución 2593 de 1982 por el Ministro de Comunicaciones concediendo la licencia antes solicitada y dando para ello como fundamento, según el considerando 7o. el hecho de que "el solicitante cumplió con los requisitos exigidos por el Decreto 2085 de 1975 y su Resolución reglamentaria 0341 de 1978".

De acuerdo con lo anterior se tiene que el Ministerio de Comunicaciones al conceder la licencia solicitada por el señor Alvaro Pava Camelo no tuvo en cuenta para nada el número de habitantes del Municipio donde funcionaría la estación de radiodifusión, esto es, de Tunja. Ello quiere decir que le dio el tratamiento de excepción contemplado en el parágrafo 4o. del artículo 99 del Decreto 2085 de 1975. Pero de acuerdo con la doctrina sobre la necesidad de suficiente motivación antes expuesta, para la expedición del acto acusado era indispensable que se dieran las razones de carácter cultural, o geográfico o de soberanía que lo justifiquen. Pues prevé el citado parágrafo 4o. que para no tener en cuenta el número de habitantes del Municipio donde funcionará la estación de radiodifusión cuya licencia se solicita debe haber "razones de carácter cultural, geográficas o de soberanía". Ya hemos visto cómo tanto en la solicitud del señor Pava Camelo como en la resolución acusada no se dice nada en concreto acerca de cuál o cuáles de las

razones antes señaladas fueron las determinantes para autorizar el funcionamiento de la estación de radiodifusión denominada "Radio Super". Solo se afirma que los requisitos exigidos por el Decreto 2085 de 1975 y la Resolución 341 de 1978 fueron satisfechos. Lo anterior comprueba la insuficiencia o falta de motivo, ya que se empleó una fórmula de comodín, que nada dice sobre las razones que hicieran aplicable la norma exceptiva del párrafo 4o. del artículo 1o del Decreto 1111 de 1980.

Las razones expuestas llevan a la Sala a concluir que el acto administrativo acusado se halla afectado de nulidad por desviación de poder (artículo 66 Ley 167 de 1941). Pero en el supuesto de que realmente hubiese un motivo valedero para hacer aplicación de la norma antes mencionada, habría habido entonces la obligación de expresar con claridad y precisión las razones ya culturales, ya geográficas o ya de soberanía que lo justificasen, las que por no aparecer en el acto impugnado o en el expediente administrativo lo harían también viciado de nulidad pero en este caso por expedición irregular del mismo o vicio de forma, debido a que se estaría enfrente de una norma exceptiva cuya aplicación hacía obligatoria la expresión precisa de los motivos.

SEGUNDO CARGO: VIOLACION POR APLICACION INDEBIDA DEL PARAGRAFO 4o. DEL ARTICULO 1o. DEL DECRETO 1111 DE 1980. Habiendo prosperado el primer cargo contra la resolución impugnada, la Sala estima innecesario hacer el examen de este cargo y entrarse al estudio de las pruebas que él requiere.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

Declárase nula la Resolución No. 2593 de 30 de julio de 1982 expedida por el señor Ministro de Comunicaciones.”<sup>385</sup>.

Aunque la corporación entienda que la carga de motivación solo procede cuando el ordenamiento jurídico lo exige, apartando de esta exigencia las potestades discrecionales, en cuanto a las “formulas comodín” y en el caso en concreto, sostendrá el deber de motivación que le asistía al Ministerio para haber optado por la excepción contenida en el decreto 1111 de 1980.

Ahora bien, una mirada del caso estudiado por el Consejo de Estado, desde todo lo dicho hasta aquí, nos conduciría a afirmar, primero en tanto las “formulas comodín”, que en la norma se presentan dos tipos de conceptos jurídicos, indirectamente determinado que encajan las razones geográficas, por remitir a conocimiento técnico, e indeterminados, las razones culturales y de soberanía, en especial esta última noción. Segundo, la administración una vez expedido el decreto 1111 de 1980 contaba con una libertad de elección de motivos, relativizada por el concepto indirectamente determinado, pero aumentado por los conceptos indeterminados. Tercero. La motivación exigida por la corporación, pudiese haber extendido sin ningún problema al ejercicio de la potestad discrecional.

---

<sup>385</sup> Sentencia del 04 de julio de 1984. Consejo de estado, sala de lo contencioso administrativo, sección primera. Radicación Número:4261. CP. JACOBO PEREZ ESCOBAR

Implícitamente el caso es conveniente e importante para demostrar la tesis de la DISCRECIONALIDAD AUMENTADA, en la cual concepto jurídico indeterminado, y potestad discrecional, coexisten en un mismo enunciado normativo, pudiendo actuar volitivamente la administración, exigiéndole a ésta motivar su decisión, en aras de poder dotar al juez de un elemento del cual pudiera predicarse el control de Fondo. Nótese, por ejemplo, que en caso referido, si la administración (Ministerio de Comunicaciones) hubiese motivado su decisión, tal vez, el juez administrativo le hubiese dado la razón, por encontrarse dentro de lo volitivo de la administración y por presentarse un concepto jurídico indeterminado, que permite el acto de arrastre al espectro de representación.

La exigencia de la motivación en todos los actos sean discrecionales, reglados, o discrecionales aumentados, es una exigencia de formalización de la tesis de la existencia del motivo determinante<sup>386</sup> en la toma de decisiones de la administración, ésta debe expresar la razón que condujo a su actuación respecto determinada causa, y con relación a los móviles que se le exige acatar.

---

<sup>386</sup> En 1991 se sostuvo en sala plena del Consejo de Estado lo siguiente: “Señala así mismo la sentencia invocada la teoría del motivo determinante, basada en el hecho necesario de que el funcionario al ejercer su facultad haya expresado en el mismo acto el motivo que determinó su decisión. Cuando este se declara, cabe controvertirlo y demostrada su falsedad, puede llevar a la conclusión de la inexistencia del motivo del buen servicio que justifique la decisión. Cosa distinta expresa la tesis, es que se quiera hacer motivar posteriormente una decisión de aquellas en que se ejercitó la facultad discrecional y en cuyo texto no aparecía motivo alguno, pues si tal sistema se propiciara se socavaría la noción de derecho público sobre la facultad discrecional, puesto que, todo acto en que ella se ejercitara sería susceptible de provocar un proceso en busca de ocultos e injustificados motivos del acto, en orden a demostrar la desviación de poder y ocasionar condenas a las entidades públicas, especialmente en cuanto se refiere al ejercicio de la facultad de nombrar el personal que aún no está protegido por un estatuto de carrera administrativa” Sentencia del 18 de junio de 1991. Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Radicación- S-169. CP. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO; En otra oportunidad esta corporación al estudiar la nulidad del acto administrativo que declaró insubsistente a un funcionario del ICBF estableció como diferencia de las causales de desviación de poder, y falsa motivación al tenor del art. 84 del decreto 01 de 1984 lo siguiente : *“1.La primera causal de nulidad que se invoca en la demanda es la falsa motivación, que se hace consistir en que si de conformidad con los artículos 26 del decreto extraordinario 2400 de 1968 y 107 del decreto reglamentario 1950 de 1973 se presume que el motivo que tuvo la administración para desvincular al actor fue mejorar el servicio público, y que ello solo se podía lograr si se le nombraba un reemplazo de iguales o mejores condiciones humanas e intelectuales, lo cual no ocurrió; en tal virtud agrega, se incurrió en la falsa motivación, transgrediéndose además, el artículo 84 del C.C.A. que lo consagra.(...) Al respecto, considera la Sala, que cuando dicha norma legal establece como causal de nulidad la falsa motivación de los actos administrativos, se refiere a la motivación expresa que contenga y no a la que haya tenido en mente el funcionario que lo expidió. El vicio sancionable con la nulidad relacionado con este último motivo es el abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario emisor, más conocido como la desviación de poder, consistente en que si bien el acto se acomoda en lo externo con las normas que rigen su expedición, el motivo que tuvo en mente quien le profirió es diferente del buscado por la norma atributivo de la competencia para dictarlo” Véase: Sentencia del 20 de abril de 1992. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda. radicación: 4697. CP. JOAQUIN BARRETO RUIZ*

La realidad compleja de la administración, sopesa dos momentos de control de su actividad, particularmente en ejercicio de la discrecionalidad aumentada: un control que es más un *auto control*, en sede a la propia administración, y un control posterior, que es en sí, el reconocido control judicial.

El auto-control del ejercicio de la potestad discrecional aumentada, es un asunto de ejercicio lógico y racional de la institución, lógico en cuanto que no todos los hechos son posibles de arrastre en el espectro de representación y no cualquier motivo es admisible al tenor del derecho, en la medida que es el respeto al fin del Estado-administrador, y racional por el necesario respeto a la dogmática jurídica establecida, los principios de proporcionalidad, la juricidad de la actuación, el respeto de garantías y el respeto de la eficacia política y jurídica del poder público (ámbito cognitivo)

Un auto control de la administración, significa un ejercicio de la potestad discrecional aumentada, enmarcada entre el respeto a las garantías de los administrados y el ejercicio de la autoridad, en un espectro más amplio que el exclusivo principio de legalidad en sentido estricto, consolidando la sujeción a la *juridicidad* de la actuación. El acatamiento de esto, invita a la existencia clara y sin excusas y omisiones de la explicitud del motivo.

El tema de control judicial, como se ha visto a lo largo de este escrito, ha andado sobre aguas turbulentas; existiendo posiciones encontradas de posibilitar al juez controlar la actuación de la administración, y de negarla o ponerle límites. Nuestra posición es admitir un control judicial de las actuaciones de la administración, esta es una prerrogativa indispensable para posibilitar la materialización del principio del ESTADO SOCIAL DE DERECHO, garantías sin control, sería una burla a un sistema jurídico que pretende ser justo (*preámbulo constitución política de Colombia de 1991*).

La *oportunidad y conveniencia* como espacios de verdadera discrecionalidad (como han reconocido algunos autores), inmune al poder de control de los jueces<sup>387</sup>, no es de nuestro recibo, en cuanto que si bien es cierto, es innegable que estos elementos sean propios de la actuación de la administración, deben conducir a algo, esto implica la exigencia de materialidad, de hecho la libertad de elección de motivos como la materialidad se consolida en el acto administrativo, admisible de control judicial, en la medida que se cumpla con la exigencia de motivación.

Discrecionalidad como *libertad relativa de elección de motivos*, se relaciona en materia de control judicial a que este motivo sea expresado, como hemos venido advirtiendo; de modo que en la elección de cargos de libre nombramiento y remoción y cargos de periodo fijo, los actos administrativos que elige y desvincula a un funcionario en el cargo de tipo de libre nombramiento y remoción, deben ser motivados. Por qué negar esa exigencia<sup>388</sup>, por qué no exigir que el

---

<sup>387</sup> Ha sostenido el Consejo de Estado la realidad no puede ser disfrazada por argumentos de oportunidad y conveniencia. Véase: Sentencia del 14 de agosto de 1992. Consejo de estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección primera. Radicación: 1691. CP. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

<sup>388</sup> Por ejemplo la corte constitucional pronunciándose frente a la acción de inconstitucionalidad interpuesta en contra de los artículos 70 (parcial) y 76 (parcial) Ley 938 de 2004, “por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, señalo en cuanto al deber de motivación de los actos que declaren la insubsistencia de los cargos nombrados en provisionalidad expuso lo siguiente: “*De acuerdo con la jurisprudencia, la desvinculación de los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad debe*

nominador exprese como motivo válido y jurídico<sup>389</sup>, el gusto de elegir a otro funcionario<sup>390</sup> que cumpla con las expectativas que exige la ejecución de funciones del cargo respectivo. Por qué no

---

*respetar el derecho al debido proceso, lo cual se concreta en el derecho de esos servidores de que en el acto que dispone su retiro se indiquen las razones específicas de la declaratoria de su insubsistencia. Además, los motivos invocados para justificar la desvinculación deben referirse al servicio, es decir, deben responder al interés público. Todo ello persigue evitar arbitrariedades, tratos discriminatorios o favoritismos. De acuerdo con lo anterior, para que el inciso segundo del artículo 76 de la Ley 938 se encuentre en armonía con el derecho al debido proceso y con la jurisprudencia de esta Corte en sede de tutela, es necesario precisar que el retiro de un funcionario que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad debe ser motivado por razones del servicio atinentes específicamente al funcionario que habrá de ser desvinculado dada sus responsabilidades dentro de la entidad. Por lo tanto, la Corte declarará la exequibilidad del inciso segundo del artículo 70 así como del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas, en los términos del apartado 4 de esta sentencia”* Esta sentencia creó efectos en los pronunciamientos del Consejo de Estado. Véase: expediente **11001-03-15-000-2012-01707-00(AC)** de fecha 19 de octubre de 2012, Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda subsección A. CP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO se dijo por esa corporación “*A partir de lo anterior, la Sala considera oportuno indicar respecto al primero de los motivos de censura (necesidad de motivación del acto de insubsistencia de provisional de la Fiscalía General de la Nación), que en un caso semejante al que en esta ocasión se discute<sup>388</sup>, se expresó por esta Subsección que al tratarse del régimen especial de la Fiscalía General de la Nación, reglamentado por la Ley 938 de 2004, la exigencia de la motivación del acto de C-279 del 18 de junio de 2007, por medio de la cual se condicionó la exigencia de la motivación, al examinarse el inciso 1° del artículo 76 de la insubsistencia de un provisional opera desde la sentencia de constitucionalidad Ley 938 de 2004. En igual sentido: Sentencia de tutela, expediente N° 2010-1277-00. Actor Jhon Jairo Vázquez Castillo. Consejo de Estado Sección Segunda – Subsección “A”. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.*

<sup>389</sup> Por otra parte ha sido constante la posición del Consejo de Estado al establecer que la inmotivación de los actos de insubsistencia en cargos de libre nombramiento y remoción no es un actuar arbitrario. por ejemplo en expediente 15001-23-31-000-2001-01226-02(1293-08) de fecha 13 de mayo de 2010 Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B. CP. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, se dijo: “*El empleo aludido es de libre nombramiento y remoción, en consideración a la confianza que demanda su desempeño. La declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, como el demandante, es procedente de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, y goza de presunción de legalidad tal como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado. La discrecionalidad para la desvinculación de los empleados de libre nombramiento y remoción encuentra fundamento en el artículo 125, inciso 2, de la Constitución, según el cual el retiro de los empleados de carrera se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. Como los empleados de libre nombramiento y remoción no ingresaron al servicio por su mérito sino que su vinculación obedeció a razones discrecionales no pueden ampararse en las causales de retiro previstas en el artículo 125, inciso 2, de la Constitución, toda vez que ellas se reservan a los nombrados con base en derechos de carrera”*. En expediente 25000-23-25-000-2002-00484-01(1961-06) del 12 de febrero de 2009, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. CP. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Esta corporación estudiando la causal de desviación de poder incoada contra el Decreto No. 856 del 27 de julio de 2001, por medio del cual el Procurador General de la Nación, declara insubsistente a partir de la fecha el nombramiento de la actora, en el cargo de Procuradora Séptima Judicial II de Familia de Bogotá, Código 3PJ, grado EC se refirió a la causal procedente *desviación de poder*, y al elemento sustancial de “mejoramiento de servicio” que permite su procedencia frente a los actos discrecionales lo siguiente: “*El acto de insubsistencia demandado en el sub-lite no persiguió razones del buen servicio público, porque la Doctora*

Jenny Gutiérrez Corredor contaba con la formación profesional y experiencia requerida para desempeñar las funciones asignadas al cargo de Procuradora Séptima Judicial II, de Familia, Grado 3PJ, Grado EC; gestión reconocida por sus superiores toda vez que gozó de diferentes ascensos; sin embargo y de manera que contraría el concepto del buen servicio público fue removida de su empleo para ser reemplazada por una profesional que carecía de la experiencia profesional mínima (8 años) indispensable para atender las funciones asignadas al cargo mencionado, pues tan solo acreditó 7 años, 8 meses y 21 días. Si bien es cierto que la Administración tiene a su cargo la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción, esta se debe ejercer dentro de los límites del mejoramiento del servicio público y el no acatamiento a los mismos conlleva la desviación de poder, que es una de las causales de nulidad de los actos acusados. Así las cosas, aunque el acto acusado fue expedido en ejercicio de la facultad discrecional otorgada por la Ley, se configuró una de las causales de anulación previstas en el C.C.A., desvirtuándose su presunción de legalidad” en igual sentido, frente a la causal de desviación de poder y la potestad discrecional véase: expediente: 25000-23-25-000-1999-02672-01(4249-04) del primero de noviembre de 2007, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. CP. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, se dijo al estudiar la nulidad de la Resolución No. 4889 de 6 de noviembre de 1998, por la cual el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, declaró insubsistente el nombramiento de YOLANDA TERESA GÓMEZ FAJARDO, del cargo de Directora de la Reclusión de Mujeres de Santa Fe de Bogotá. “La desviación de poder, como lo ha dicho la Sala, es un cargo de naturaleza eminentemente subjetiva y pertenece al fuero interno del nominador. Por tanto, para desentrañar su voluntad sería necesario involucrarse en la mente de éste para establecer cuáles son los fines o propósitos buscados con la decisión y por ello, ante la imposibilidad de hacerlo, es menester utilizar cuidadosamente la prueba indiciaria. En el presente caso se utilizaron los indicios como medios de prueba para deducir la anulación del acto, estos hechos conocidos de los cuales se puede deducir la ilegalidad del acto son las calidades de la demandante, la inmediatez de la comisión otorgada y su posterior declaratoria de insubsistencia de manera inmotivada y las pruebas documentales obrantes. A través de ellos se llega al convencimiento de que la declaratoria de insubsistencia de la actora no fue proferida como ejercicio de la facultad discrecional. Como ya lo ha reiterado esta Sección, el nominador goza de un margen discrecional razonable en la escogencia y remoción de los empleados de libre nombramiento y remoción, lo que no quiere decir que pueda removerlos o nombrarlos de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo sus calidades, experiencia e idoneidad en el desempeño de las funciones, pues su actuación debe basarse en razones, sólidas y explícitas. En el subjuice la demandante demostró que era una empleada idónea, tenía una experiencia superior a 10 años del servicio y poseía conocimientos específicos para el cargo, circunstancias que hacían presumir su competencia en la prestación del servicio, por ende, debía la administración demostrar las razones por las cuales prescindió de ella, a pesar de sus calidades, pues discrecionalidad no significa arbitrariedad. Como lo ha considerado esta subsección, en determinados y precisos casos en los que aparecen demostrados con una hoja de vida intachable los excepcionales servicios prestados por el funcionario, procede el reintegro en la medida en que con ello se demostró un inadecuado uso de la facultad discrecional de libre remoción”. Véase también: expediente 19001-23-31-000-2004-00011-01(1587-09) de fecha 24 de marzo de 2011. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B. CP. VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Dte. Alberto José Torres Ddo. Corporación Autónoma Regional del Cauca. Expediente 12268 del 30 de enero de 1997. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección A. CP. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS. Dte. Esperanza Casteblanco Pardo. Ddo. DIAN, M. Hacienda

<sup>390</sup> En expediente 25000-23-25-000-2006-03955-01(1380-08) de fecha 10 de noviembre de 2010, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, Subsección A. CP. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, al estudiar nulidad de la Resolución 873 del 1º de diciembre de 2005, por medio de la cual el Director de la Comisión Nacional de Televisión la declaró insubsistente del cargo de Subdirectora, grado de remuneración 17, de la Subdirección de Asuntos Legales, y admitiendo la legalidad del acto a en el motivo de poca confianza de los conceptos que el funcionario insubsistente realizaba, lo siguiente: “Entre las funciones atribuidas a los empleos del nivel asesor, se encuentran las siguientes: “Asesorar a las directivas

---

*en la formulación, la coordinación y la ejecución de las políticas y los planes generales de la entidad ”; “ Absolver consultas, prestar asistencia técnica y emitir conceptos en los asuntos encomendados por la administración ” y “ Aportar elementos de juicio para la toma de decisiones relacionadas con la adopción, la ejecución y el control de los programas propios del organismo ” Artículo 3º, numerales 1º, 2º y 3º del Decreto 590 de 1993. Como se advierte, son claramente funciones en las cuales se requiere una confianza y afinidad especial con el empleado que las desempeñe. Si la labor de asesoría consiste en dar un consejo, una opinión, un juicio, a una persona u órgano que tiene que tomar una decisión o fijar una política referente a una entidad, y por tanto, puede tener cierta incidencia en la determinación que se produzca, es necesario que el nominador del Asesor tenga una gran confianza en el criterio del funcionario que realiza tal labor. Así pues, los cuestionamientos que sobre la labor de la actora hicieron los Comisionados, demuestran una desconfianza en su criterio profesional, que podía dar lugar a la insubsistencia, sin perjuicio de que los mismos puedan ser o no admisibles jurídicamente. Los testimonios relacionados llevan a la Sala a la convicción de que la insubsistencia de la actora se dio por motivos netamente institucionales y no personales, habida cuenta de que los criterios por ella esbozados, no le generaban confianza a la mayoría de los Comisionados. El hecho de que en cada campo jurídico donde se debatieron los asuntos conceptuados por la actora, se le haya dado jurídicamente la razón, no le cercena la facultad que constitucionalmente ostenta el nominador frente a sus funcionarios de libre nombramiento y remoción, cual es la de la discrecionalidad”. En otra ocasión se ha aceptado la motivación del acto que declara insubsistencia de cargo de libre nombramiento y remoción: Expediente 18001-23-31-000-2002-00158-01(5624-05) de fecha 9 de julio de 2009. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. CP. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Al estudiar la nulidad de la Resolución No. 00100000-0059 de 14 de febrero de 2002, suscrita por el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM, mediante la cual declaró insubsistente el nombramiento de la actora, en el cargo de Gerente Departamental del Caquetá, Gerencia Tipo II, Grado 03, Código 0354, Escala E.D. La corporación señaló: “Los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, de la misma manera que pueden ser designados también pueden ser removidos del servicio, todo en aras del buen servicio público, y tal atribución no se confiere para su ejercicio arbitrario. Además, el nominador -respecto de dicho personal- puede ejercer su facultad discrecional en cualquier tiempo, salvo limitación legal que se debe alegar y demostrar. Conforme al régimen jurídico aplicable al personal sin estabilidad en el servicio (de libre nombramiento y remoción, en este caso) el acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento no requiere de motivación expresa en el mismo; ahora, si la administración decide incluir tal motivación, lo puede hacer, pero debe ajustarse a derecho” En otra ocasión frente a la importancia de la motivación en los actos administrativos, estudiando la nulidad del oficio DSF-462 de 19 de marzo de 1996 suscrito por el Director Seccional de Fiscalías Nariño – Putumayo mediante el cual solicitó su traslado al Director Seccional Administrativo y Financiero de Pasto; y de la resolución DSAF – 0346 de 20 de marzo de 1996 suscrita él último de los funcionarios antes mencionados en la cual se determinó su traslado de la Fiscalía 16 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Pasto a la Fiscalía 24 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de La Unión (N). Se pronunció de la siguiente manera: “La falsa motivación puede entenderse como aquella razón engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad. La resolución no hace mención a evaluación alguna, y no puede confundirse, como lo hace el demandante, la motivación del acto con los motivos que llevan a su expedición. En el primer caso puede endilgarse falsa motivación si se considera que las razones que se consignan no obedecen a la realidad y en el segundo lo que se trata es de establecer si los motivos de la administración se alejaron de los fines del buen servicio, es decir, si hubo desviación de poder. De otra parte, no es de recibo la argumentación del actor sobre su escalafonamiento automático en la carrera de la Fiscalía. Para ingresar a ella es menester cumplir los requisitos que para el efecto señala la ley, lo cual ha debido probar. Como no lo hizo, debe entonces considerarse, para el momento de los hechos, como funcionario de libre nombramiento y remoción. Conforme a lo anterior el actor no contaba con la relativa estabilidad que se otorga a los servidores públicos escalafonados, y por esta razón ningún derecho pudo ser vulnerado por el acto acusado. El traslado, tratándose de funcionarios de libre nombramiento y remoción, es discrecional, es decir, se funda*



exigir que el motivo importante que condujo a elegir en una corporación a determinado candidato en el cargo de periodo fijo, se exprese, por qué no estipular el motivo si fue por la experiencia, la condición de litigante, etc. Hacer una administración más transparente y garantista depende de eso.

La materialidad del derecho en general, y en particular, de los valores, principios y derechos establecidos en la constitución, que a suerte de la modernidad se han constituido en derecho objetivo, invadiendo cada uno de los escenarios del derecho y de la actuación del poder público, exige que los motivos que evalúan las causa y ponderan los móviles, no sean ocultos, todo lo contrario, deben ser visibles en aras de la existencia de una actividad administrativa que más allá de titularse justa, sea concreta y realmente transparente.

---

*en necesidades del servicio, siempre que ellas no impliquen desmejoramiento de las condiciones laborales. Los factores de tipo subjetivo no pueden impedir que la administración, por razones de buen servicio, ubique a sus empleados en los lugares donde los necesita. En este proceso no se logra probar que la administración no deseara un buen servicio público con el traslado de que fue objeto el demandante, y por consiguiente, como el interés público debe primar sobre el particular, se estima que el traslado se produjo acorde con la ley, pues uno y otro cargo son similares, de la misma categoría y de igual grado de remuneración. Tampoco está probado en el proceso, como lo afirma el demandante, que con el traslado se le sancionó por las razones que expuso el Director Seccional de Fiscalías. Resulta aceptable que en ejercicio de la facultad discrecional el nominador establezca, a su juicio, el lugar donde cree más eficiente el recurso humano y determine, de acuerdo con las condiciones de cada servidor, el sitio en que resulta más eficiente su labor, en beneficio del servicio. Véase Expediente 16564 de fecha 19 de julio de 2000. Consejo de Estado, sala de lo contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. CP. ALBERTO ARANGO MANTILLA.*

## CONCLUSIONES

- La potestad discrecional de la administración es una institución interesante en el estudio del derecho administrativo, lo que obedece a su inacabado estudio y que no existe una teoría de validez general que tenga pretensiones de ser absoluta, esto se demuestra en las diferentes corrientes teóricas que han pretendido definir la discrecionalidad bien sea desde los elementos de la norma jurídica, determinando la discrecionalidad como un asunto de complementación del supuesto de hecho, o como libre elección de consecuencias jurídicas, o como mera facultad estipulada en la copula o verbo rector de las normas identificado desde el verbo (podrá), por otro lado, algunos autores como es el caso de ALONSO MAS han considerado la discrecionalidad como un meta momento, posición que asimilamos en el presente escrito y lo que nos conduce a definir la discrecionalidad como la libertad relativa de elección de motivos que le asiste a la administración, libertad que sea demás advertirlo proviene desde la misma legalidad.
- La discrecionalidad administrativa es una institución que se funda en el principio de legalidad, en el pasado quedaron las teorías que la entendían como una facultad propia de una vinculación de tipo negativo al principio de legalidad, lo que conllevaba a creer en su no control jurisdiccional a razón de no estar atada al respeto de este principio. De modo como se advierte en este escrito la discrecionalidad como potestad está vinculada de manera positiva a la ley, lo que quiere decir que el actuar discrecional está permitido por la ley, permisión que se traduce en una libertad - relativa además- en cuanto que las decisiones del Estado-administrador deben supeditarse al respeto de los principios del ordenamiento jurídico, al respeto de los derechos fundamentales y al cumplimiento de los fines políticos del Estado. La vinculación de tipo positivo conduce a la posibilidad del control jurisdiccional de la potestad discrecional
- El profesor y maestro español EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA (q.e.p.d) en su obra la “Lucha contra Las Inmunidades del Poder” señalara que existen tres zonas de inmunidad jurisdiccional: los actos políticos, los actos reglamentos y los actos discrecionales. Respecto a estos últimos infiere tres técnicas de control de fondo a través de los principios generales del derecho, los hechos determinantes y los conceptos jurídicos indeterminados. En cuanto a estos entenderá que son asimilables teóricamente a potestades regladas bien porque admiten una única respuesta correcta en su concreción y porque están atados al juicio (tertium non datur- se da o no se da). Consideramos en el transcurso de este escrito que esta posición del maestro Enterría forja lo que llamamos la tesis de la divergencia entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, proponiendo nosotros la tesis contraria, es decir, de convergencia, de tal manera, ambas instituciones confluyen convergentemente, pues en las dos la administración cuenta con un margen amplio de decisión: en la discrecionalidad gozará de una libertad relativa de elección de motivos y en los conceptos jurídicos indeterminados se

da -lo que hemos osado en denominar- libertad de arrastre de los hechos al espectro de representación de los conceptos jurídicos indeterminados, característica que nos aleja del juicio (*tertium non datur*), y de la doctrina de la única respuesta correcta, que en si tiene una falla epistemológica que la hace inaplicable en el derecho, a menos que se trate de un mero proceso de subsunción normativa o silogismo jurídico (cómo saber que estamos ante la respuesta correcta y qué esta es la única posible)

- Partiendo de lo anterior, consideramos que en un mismo enunciado normativo pueden coexistir tanto una potestad discrecional como un concepto jurídico indeterminado- éste es el punto central de la tesis- allí, como ambas instituciones amplia el margen de decisión de la administración, contrario de lo sostenido en la tesis de la divergencia que identifica a los conceptos jurídicos indeterminados como técnicas de control de fondo de la discrecionalidad traduciéndose en un mero reemplazo de instituciones, el resultado de negar esta condición de técnica de control de aquellos, será el nacimiento de una nueva institución la DISCRECIONALIDAD AUMENTADA
- Los conceptos jurídicos indeterminados no pueden ser considerados técnicas de control de fondo de la discrecionalidad, pues, se desmonta la condición (*tertium non datur*-única respuesta correcta) de la doctrina de la divergencia, y se entiende en ellos la existencia de una libertad de arrastre en el *espectro de representación*, así, este tipo de conceptos tampoco se asimilan a una potestad reglada, el nacimiento entonces de la discrecionalidad aumentada es la respuesta a la pregunta de investigación formulada ¿qué efecto produce el concepto jurídico indeterminado sobre la discrecionalidad administrativa, cuando ambas instituciones se presentan en un mismo enunciado normativo?.
- Por *discrecionalidad aumentada* se debe entender primero la coexistencia de ambas instituciones en un enunciado normativo; segundo, la asimilación de la potestad discrecional como los conceptos jurídicos indeterminados en la línea de convergencia construida sobre la base teórica del concepto de discrecionalidad (libertad de elección de motivos) y del concepto jurídico indeterminado (libertad de arrastre de “algo” al espectro de representación del concepto); tercero, la posibilidad que la asiste a la administración en la coexistencia de ambas instituciones en un mismo enunciado normativo, de actuar con una libertad obviamente relativa (principios del ordenamiento jurídico, derechos fundamentales y fines políticos del Estado), lo que implica el apartamiento de la comprensión de estos conceptos con técnicas de control de fondo de la discrecionalidad. No es la discrecionalidad aumentada: un espacio de arbitrariedad para la administración, la condición de aumento de la discrecionalidad no es una razón para actuar en contravía del derecho; todo lo contrario, es la asimilación teórica de la real naturaleza de este tipo de conceptos y de su impacto en la discrecionalidad administrativa.

- La *discrecionalidad aumentada* permite un control jurisdiccional mixto, por un lado, es admisible un control formal (elementos reglados de toda discrecionalidad-principio de mensurabilidad), por otro lado, un control material o de fondo posible a través de la técnica de la falsa motivación entendida como sub-especie de la técnica general de desviación de poder. Que sea la falsa motivación la técnica propia implica elevar a categoría de exigencia la siguiente premisa: Todos los actos administrativos discrecionales , y más aun aquellos que provenga de potestad discrecional aumentada deben ser motivados, primero en cuanto al motivo que conduce a la actuación de la administración, y segundo respecto del acto de arrastre al espectro de representación del concepto jurídico indeterminado; sí y sólo sí, la administración cumple con esta exigencia es posible contribuir al maravilloso legado del maestro Enterría de luchar contra la inmunidad del poder.
- Una breve mirada a algunos de los pronunciamientos del Consejo de Estado permiten observar la asimilación de la teoría de la divergencia, pero no es clara esta posición en la medida que no ha sido tratada de fondo por la máxima corporación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
- La idea fundamental de este escrito es contribuir en sede de teoría del derecho a la fantástica y pretenciosa discusión que existe de la discrecionalidad administrativa, particularmente, en lo que tiene que ver con los conceptos jurídicos indeterminado y su relación hasta hoy evaluada desde la divergencia.

## BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. Lo racional como Razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1991

ALONSO MÁS, José María. La solución Justa en las Resoluciones Administrativas. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia -España. 2007

ATIENZA, Manuel. "Sobre la Única respuesta correcta", artículo publicado en la revista Jurídicas del centro de investigaciones socio-jurídicas CIS de la Universidad de Caldas. Colombia. Vol.6 Nro. 2 julio-diciembre de 2009

CARBONELL, Miguel y García Jaramillo Leonardo (editores). El canon Neo constitucional. Universidad Externado de Colombia. 2010

CARNELUTTI, Francesco. La metodología del derecho. Ed. Temis. Colombia.2011

CASSAGNE, Juan Carlos. Tratado de derecho Administrativo. Tomo I. 7ª Ed. Ed. Abeledo -Perrot. Argentina.2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Ed. Marcial Pons. Buenos Aires, Argentina. 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. "La discrecionalidad administrativa". Tomado siguiente enlace: <http://www.cassagne.com.ar/ingles/publicaciones/Cassagne/La%20discrecionalidad%20administrativa-ult.%20versi%C3%B3n-LL-03-09-08.pdf>

CUENCA GOMEZ, Patricia. "la concepción de ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio" HURÍ-AGE consolider-Ingenio 2010. España. Número 2, 2010. Artículo consultado en el siguiente enlace: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/6500>

DE JOUVENEL, Bertrand. Sobre el poder. Ed. Unión. España. 1998

DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Ed. Aranzadi, España, 1997

DE LA CUEVA, Mario. la idea del Estado. Ed. Fondo de cultura Económica de México. 5ª ed. México. 1996

DIEZ SASTRE, Silvia. El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante. Ed. Marcial Pons. España, 2008

DROMI, José Roberto. Acto administrativo, Ejecución, suspensión y recursos. Ed. Macchi. 1973. Argentina

EBENSTEIN, William La teoría pura del derecho. Ed. Coyoacán. México, 2004

ENGISCH, Karl. La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales. Estudio preliminar, epílogo y traducción Juan José Gil Cremades. Ed. Comares, S.L, España, 2004

- FERRAJOLI, Luigi. El fundamento de los derechos fundamentales. Ed. Trotta. 4ª ed. Madrid, 2009
- FERRAJOLI, Luigi. El Garantismo y la filosofía del derecho. Trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada Y José Manuel Díaz Martín. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.- Colombia. 2000
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Ed. Trotta. Madrid-España. 2009
- FERRAJOLI, Luigi. Epistemología Jurídica y Garantismo. Ed. Fontamara. México. 2006
- FERRERES COMELLA, Víctor. Una defensa del modelo europeo de control Constitucional. Ed. Marcial Pons. España. 2011
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, MENENDEZ REXACH, Ángel, y otros. Acto y Procedimiento Administrativo. Ed. Marcial Pons. España. 2001
- GAMBIER BELTRAN. “el concepto “oferta más conveniente” en el procedimiento licitatorio público (la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial) tomado del siguiente enlace: [http://www.despachogambier.com/despacho/images/pdf/oferta\\_mas\\_conveniente.pdf](http://www.despachogambier.com/despacho/images/pdf/oferta_mas_conveniente.pdf)
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Ed. Civitas. Madrid-España, 1983.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder. Ed. palestra. España. 2004
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la administración. Ed. Civitas. 5ª edición ampliada. Madrid, 2000
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. Tomo I. Décimo tercera Edición. Ed. Thomson. Civitas. España, 2006.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Lógica del concepto Jurídico. Fondo de cultura Económica de México. 1964.
- GARCIA MIRANDA, Carmen María. “el principio de unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio” en: cuadernos electrónicos de filosofía de derecho. núm.1. Universidad de la Coruña, España. ISSN. 1138-9877. Consultado en el siguiente enlace: <http://www.uv.es/cefd/1/miranda.html>
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Las palabras de la ley y su interpretación. Algunas tesis de Francisco Suarez”. En revista Diánoia, vol. 23, nro.23. México. 1977
- GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. 5ª Edición. Ed. Fundación de derecho administrativo. Argentina. 1998.
- GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. Tomo 2. Edición 8ª. Fundación de derecho administrativo. Argentina. 2006

GÜECHA MEDINA, Ciro Nolberto. Responsabilidad del Estado por Actos terroristas. Ed. Ibañez. Bogotá- Colombia, 2012

GÜECHÁ MEDINA, Ciro Nolberto. Acciones o pretensiones contencioso administrativas. Ed. Ibañez. Colombia, 2013

HABA MULLER, Enrique Pedro. Axiología jurídica fundamental. Universidad de Costa Rica. 2007

HART, H.L.A. El concepto de derecho. trad. Genaro R. Carrió. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires- Argentina, 2009

HELLER, Herman. Teoría del Estado. Ed. Fondo de cultura Económica. México. 1997

HERNANDEZ VALLE, Ruben. Los principios constitucionales. Corte suprema de justicia. Escuela judicial. Costa rica. 1992

HOFMANN, Hasso. Filosofía del derecho y del Estado. Trad. Luis Villar Borda. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2002

JEZÉ, Gastón. Los Principios Generales del Derecho Administrativo. Trad. Carlos García Oviedo. Ed. Reus. 1928.

JINESTA LOBO, Ernesto. El control jurisdiccional de la administración pública. Revista judicial. Costa Rica. Año XX, Nro.63 del año 1997

KELSEN, Hans. Teoría general del Estado. Ed. Coyoacán. 2ª ed. trad. Luis Legaz Lacambra. México. 2005..

KELSEN, Hans. Teoría general del derecho y del Estado. Trad. Eduardo García Máynez. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 5ª reimpresión. México, 1995

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Ed. Libros Hialgos. Colombia, 2010

KELSEN, Hans. Teoría General del derecho y del Estado. Universidad Nacional Autónoma de México. 5ª Reimpresión, México. 1995

KELSEN, Hans. La idea del derecho natural y otros ensayos. Ed. Coyoacán. México, 2010

KELSEN, Hans. ¿qué es la Justicia? Ed. Fontamara. México. 1991

LIFANTE VIDAL, Isabel. Interpretación jurídica y Teoría del Derecho. Ed. Palestra. España. 2012

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Ed. Legis. Bogotá- Colombia. 2004

MAURER, Hartmut. Introducción al derecho administrativo alemán. Universidad Santo Tomas. Bogotá-Colombia, 2008.

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Ed. Abeledo-Perrot, Argentina, 1982

MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. La discrecionalidad administrativa. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia, 2007

MARTIN GONZALEZ, Manuel. "El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos". Revista de la administración pública, núm.54, España 1967

MENÉNDEZ ALZAMORA, Manuel (Editor). Sobre el poder. Ed. Tecnos. Madrid-España, 2007

MORENO MILLÁN, Franklin J. La jurisprudencia constitucional como fuente del Derecho. Ed. Leyer. Bogotá- Colombia, 2006.

MÜLLER UHLENBROCK, Klaus. Del IUS PUBLICUM EUROPAEUM a la gobernabilidad Global. Estrategias, fases y fundamentos de la juridificación. Artículo consultado en la página web: [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

NETTEL DIAZ, Ana L. "La interpretación en el derecho: algunos de los principales debates" en revista Alegatos, núm.74 México, enero/abril de 2010, pág. 170. Puede consultarse el siguiente link: <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/67/74-08.pdf>

NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Ed. Ariel. Barcelona. 1983.

OSPINA SEPULVEDA, Roosevelt Jair. "límites jurídicos y políticos de la decisión de la administración pública en nuestro sistema constitucional" en: revista electrónica facultad de derecho y ciencias políticas Universidad de Antioquia. Número 2 Año 1, ISSN 2145-2784. Septiembre-diciembre de 2009. Pág.24, 25 Consultada en el siguiente enlace: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/viewFile/3286/3049>

OSSORIO, Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Ed. Heliasta S.R.L. Argentina. 1981

PASSERIN D'ENTRÉVES, Alessandro. La noción de Estado. Edición y prologo Ramón Punset. Ed. Ariel. España, 2001.

PENAGOS, Gustavo. Nombramientos e insubsistencias discrecionales, partidistas o arbitrarios. Ed. Doctrina y Ley. Ltda. Bogotá-Colombia. 1998

PRIETO SANCHIS, Luis. Justicia constitucional y Derechos Fundamentales. 2ª ed. Ed. Trotta. España. 2010

QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando y URREGO ORTIZ, Franky. Los decretos presidenciales en el sistema Normativo. Ed. Doctrina y Ley. Bogotá D.C. 2011

RAMOS PASCUA, J.A. Y RODILLA GONZALEZ, M.Á. (editores). El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto. Ed. Universidad de Salamanca. España, 2006

RODRIGUEZ O.,Julio Armando. La legitimidad en el Estado Social de derecho. Ed. Leyer. Bogotá-Colombia. 1998

SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública. Ed. Ibañez. Bogotá-Colombia. 2008



SAINZ MORENO, Fernando, Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, Civitas, Madrid, 1976

SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel. El acto administrativo. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá- Colombia. 2007

SÁNCHEZ PÉREZ, Alexander. Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial. Ed. Universidad Externado. Bogotá-Colombia. 2012

SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Acto Administrativo. Procedimiento, eficacia y validez. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2ª Ed. Bogotá- Colombia. 1994.

SIERRA CADENA, Grenfieth de Jesús. El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. el caso de la descentralización en Colombia. Ed. Universidad del Rosario. Colombia. 2009

SESIN, Domingo. “El control judicial de la discrecionalidad administrativa”. Documentación administrativa, núms. 269-270 de 2004. Argentina.

SILVA LOPEZ, Mercedes. “A vueltas con el control de la discrecionalidad del planteamiento urbanístico. Aportaciones para el debate” artículo publicado en la revista Andaluza de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 78, Sevilla, septiembre-diciembre (2010)

SOTO KLOSS, Eduardo. Derecho administrativo. Bases fundamentales. Tomo II. Ed. Jurídica de Chile. 1996

STAMMLER, Rudolf. Modernas Teorías del Derecho y del Estado. Ed. ARA. Perú. 2006

VALENCIA ZEA, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil. Parte general y personas. Ed. Temis. 14ª ed. Bogotá- Colombia. 1997.

VIANA CLEVES, María José. El principio de confianza legítima en el derecho administrativo. Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Décima tercera edición. Ed. Legis editores S.A. Bogotá- Colombia, 2008.

VILA CASADO, Iván. Fundamentos contemporáneos de derecho constitucional. 2ª ed., Ed. Legis. Bogotá-Colombia, 2012

VELASQUEZ TURBAY, Camilo. El poder Político. Universidad Externado de Colombia. Bogotá-Colombia. Pág. 27, 28

YAÑEZ VELASCO, Igor. “Control de Legalidad de los conceptos jurídicos indeterminados en el planeamiento Municipal. Jurisprudencia de Altos vuelos sobre asuntos resueltos mediante corazonadas” en: revista de derecho urbanístico y medio ambiente. ISSN 1139-4978, núm. 269, Madrid, noviembre (2011),

---

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón., Ed. Trotta. séptima edición. Madrid-España. 2007

---